



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 770 374

115
Ed. Mar. 1932



HARVARD LAW LIBRARY

Received

NOV 9 1931

Germany

8 20

KRITISCHE STUDIEN

IN SACHEN DER

CONTRAVINDICATION

VON

PHILIPP LOTMAR.

MÜNCHEN.

THEODOR ACKERMANN.

1878.

KRITISCHE STUDIEN

IN SACHEN DER

CONTRAVINDICATION

VON

PHILIPP LOTMAR.

MÜNCHEN.

THEODOR ACKERMANN.

—
1878.

+

ForTx
L0834

NOV 9 1931
11/9/31

Inhaltsverzeichniss.

	Seite
Erstes Capitel: Grundsätzliches	1 — 57

§ 1. Historische Rechtsschule und ihr Betriebszweck der Rechtsgeschichte. § 2. Die Blüthe der römischen Jurisprudenz unabhängig von rechtsgeschichtlicher Wissenschaft. Deren Unausgebildetheit. § 3. Gaius als Rechtshistoriker. §§ 4—6. Proben gajanscher Rechtsgeschichte. Zweites und drittes Capitel der *lex Aquilia*. Begriff und Name der *Legisactionen*. § 7. Die römischen Juristen nicht „historische Rechtsgelehrte“. Folgen für die Erforschung der römischen Rechtsgeschichte und das Verhältniss der Rechtsgeschichte zur Dogmatik. Rangbestimmung einer Rechtswissenschaft. § 8. Rechtsgeschichtsforschung Geschichtsforschung. Historische und dogmatische Quellenbenutzung. Historische Kritik. Aufgabe des Rechtshistorikers — Aufgabe des Rechtsdogmatikers. § 9. Gesetz und Geschichtsquelle. Ein einschlägiger Sprachgebrauch. § 10. Die Rechtsquelle Geschichtsquelle beim Nachweis „historischer“ Entwicklung, bei „historischer“ Vereinigung, bei *duplex interpretatio*. § 11. Insonderheit bei historischer Kritik. Vorsätzliche und irrthümliche Mittheilung von Unwahren. Missverständniss. Erfordernisse beziehungsweise Gründe seiner Annahme. § 12. Unsere Auffassung historischer Kritik übereinstimmend mit bisheriger Praxis. § 13. Historische Kritik an Gaius. Eigener Beitrag zu derselben. Rechtfertigung der erneuten Vertretung der Sache.

Zweites Capitel: Die äussere Beglaubigung	58 — 116
---	----------

§ 14. Ob in Gaius IV 16 die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung wirklich ausgesprochen sei. § 15. Historische Kritik an Ga. I. c. unter Voraussetzung des Vorigen. § 16. Gaius' eigene Wahrnehmung des *lege agere sacr. in rem* bestärkt oder veranlasst sein Missverständniss. Charakter dieses Verfahrens in der damals restirenden Anwendungsgelegenheit. § 17. Cic. pro Mur. 12 keine Stütze für Gaius. § 18. Beschwichtigung eines sprachlichen Bedenkens. § 19. Die einseitige Formel *Postulo anne dicas etc.* § 20. Eine deren Beweiskraft aufhebende Textänderung.

Wissenschaftliche Textkritik und Bildung ausgelassener Vorlagezeilen. §§ 21—23. Die Formeln des *provocare sacramento*. Dessen Motiv und Gegenstand. Der Streitpunkt des Sacramentsstreits. § 24. Vertheidigung des massgebenden Textes bis *et ego te*. Die nachfolgende abgerissene Nebenbemerkung als Glossem vermuthet. § 25. Ausschliessung einer den Sinn angreifenden Conjectur. § 25*. Möglichkeit, dass beide *sacramenta iniusta* oder Unzuträglichkeit zwiefacher Condemnation, als Consequenz der herkömmlichen Meinung.

Drittes Capitel: Die innere Rechtfertigung . 117—181

§ 26. Sie ist unerlässliche Voraussetzung der Glaubwürdigkeit des Contrayindicationszwanges. § 27. Rechtfertigung mittelst der Annahme, dass Belangbarkeit und Stellung im Streit vom Besitz unabhängig gewesen. Kritik dieser Rechtfertigungsart. § 28. Prüfung jener Hypothese. Vindiciertheilung kein Grund der Unentschiedenheit des Besitzes im Eigenthumsstreit. Zweck der Vindiciertheilung. § 29. Mangel der Besitzentscheidung durch Interdicte kein Grund der Irrelevanz oder Unentschiedenheit des Besitzes. § 30. Der Einführungszweck der *interdd. retinendae possessionis*. Der Grund des römischen Besitzschutzes überhaupt. Controverse über jenen Einführungszweck. Er setzt Bedürfniss nach Besitzentscheidung voraus. Die Einführung für die *sacr. a. in rem*. § 31. Einwand aus dem Alter der *interdd. ret. poss.* Beziehung ihrer Einführung auf die *in rem actio per spons.* ist abzulehnen. § 32. *Fr. 3. D. de litigiosis*. Das Verbot der *dedicatio in sacrum* ein Verbot der *alienatio iudicii mutandi causa*. Schluss, dass der Beklagte der ältesten Vindication als Besitzer galt. § 33. Dasselbe Ergebniss aus der natürlichen, auf die Mobilienvindication angewandten, Betrachtung. Zustimmung der Quellsprachgebrauch. § 34. Rechtfertigung mittelst Annahme der Irrelevanz des Besitzes im Sinn seiner passiven Schutzlosigkeit oder Unfähigkeit Defensivstellung zu geben. Unstatthaftigkeit dieser Hypothese für die Geschichte. Fiction für prähistorische Zustände. Besitzgeschichtliches. § 35. Rechtfertigung mittelst Annahme einer Beschränkung der Passivlegitimation. § 36. Rechtsvergleichung. Altdeutsche Gebilde nicht für, eher gegen die römische Einrichtung der bisherigen Ansicht. Die passive Schutzlosigkeit des Besitzes kann nicht durch Gaius ein Datum der römischen Rechtsgeschichte werden.

Erstes Capitel: Grundsätzliches.

§ 1. Der sogenannten geschichtlichen Rechtswissenschaft, die Savigny deutlicher, als Andere vor ihm, bestimmt und zum Wahrzeichen einer Schule wie zum Feldzeichen einer Partei gemacht hat, ist wesentlich allein die geschichtliche Anschauung des Rechts. Diese besteht in einer besonderen, wohlbekannten Ansicht von der Entstehung und Entwicklung des Rechts überhaupt, und ferner von dem Verhältniss des Rechts eines gegebenen Zeitraums zu dem des vorausgehenden und des nachfolgenden (Savigny's Auffassung ist zu ersehen aus seiner Schrift „Vom Beruf unserer Zeit“, der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. B. I No. I u. XVII. B. III No. I., den Vorreden zum „System“ B. I u. VII.) Diese geschichtliche Anschauung des Rechts führt blos auf die Rechtsgeschichte hin, gibt nur Anlass und Thema für die rechtsgeschichtliche Forschung. Dahingegen ist Ziel und Zweck einer Wissenschaft der Rechtsgeschichte mit jener geschichtlichen Anschauung des Rechts noch nicht unzweifelhaft und endgültig festgestellt. Es kann vielmehr auch beim angegebenen Ausgangspunkt, bei geschichtlicher Anschauung des Rechts im obigen Sinn, das Ziel der Rechtsgeschichte näher

oder ferner gesteckt, ihr Zweck tiefer oder höher gesetzt werden. Daher konnte beispielsweise Amira (Ueber Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgesch.) in seinen allgemeinen Betrachtungen über Rechtsgeschichte jenen Ausgangspunkt unbekämpft lassen, also wohl Savigny's geschichtliche Ansicht des Rechts und der Rechtswissenschaft theilen, und doch zugleich der Rechtsgeschichte eine weitere Aufgabe zuweisen, als ihr von den Häuptern der historischen Rechtsschule gestellt worden war. War ihr Betrieb von den Letzteren verlangt worden behufs Ergründung des gegenwärtigen Rechtszustandes, also im Interesse der Dogmatik, welcher die Rechtsgeschichte vorzuarbeiten habe, so stellt Amira die auch von Jhering (Geist d. röm. Rechts § 5 N. 27) erhobene Forderung, dass die Rechtsgeschichte aus dem Dienstverhältniss zur Dogmatik gelöst, nicht fürder nur als Mittel zur Erkenntniss des jeweils Geltenden aufgefasst werde. Lässt man bei solchem Begehren einen greifbaren Betriebszweck der Rechtsgeschichte fallen, so wird man, um den doch erforderlichen Zweck ausfindig zu machen, einen vielleicht höheren und wahrscheinlich schwankenderen Boden zu betreten haben. Die Darstellung der Geschichte des Rechts „um ihrer selbst willen“ und nicht „eines anderen Zweckes wegen“ wird wohl für Jhering keine befriedigende Lösung mehr sein, seitdem er mit dem Unbegriff des Selbstzweckes gebrochen hat. Auch wenn man die Rechtsgeschichte als Zweig oder Seite der Cultur- oder überhaupt der Menschheitsgeschichte erforscht und mitgetheilt sehen will, ist die Zweckfrage noch nicht gründlich entschieden. Nicht weil Einer zweifeln könnte, ob dieser Zweig losgerissen vom Stamm für sich gepflegt und zu genügend anschaulicher Entfaltung gebracht zu werden vermag, nein weil, da doch nicht alles Wissen vom Menschen werthvoll ist, immer noch der Werth jener Rechtsculturgeschichte anzugeben wäre. Auch scheint sich Amira, welcher sich bescheidet den wissenschaft-

lichen Gesichtspunkt (im Gegensatz zum praktischen von Savigny und Eichhorn) für den der Rechtsgeschichte allein angemessenen zu erklären, keineswegs verhehlt zu haben, dass hinter dieser Annahme die Frage nach der Nothwendigkeit und der Entbehrlichkeit der Geschichte überhaupt rege wird. Wäre hier Anlass die Betriebswürdigkeit oder -Nothwendigkeit der Rechtsgeschichte näher zu untersuchen, dann müssten auch die Bemerkungen im guten wie im übeln Sinn berücksichtigt werden, welche Rudhart, Ueber das Studium der R.-G. (1811) und neuestens P. Müller, die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts (S. 2 ff.) über diesen Gegenstand gemacht haben. Der Letztere erweckt wieder die Vorstellung, nach welcher die Rechtsgeschichte zur vergleichenden Rechtsforschung gehört; insofern verschiedene Entwicklungsstufen eines Rechts mit einander verglichen werden. Hier liegt aber die kleinere Frage näher, ob denn die von der historischen Schule gegebene Begründung der Rechtsgeschichtschreibung eine überall ausreichende ist, ob sie nicht vielmehr unter Umständen des Bodens entbehrt; eine Frage, deren Bejahung das Bestreben, der Rechtsgeschichte ein selbständiges, von der Dogmatik unabhängiges Interesse beizulegen, zu unterstützen vermöchte. Es dürfte doch möglich sein und vorkommen, dass die richtige Erkenntniss und Anwendung des geltenden Rechts eines Gesetzbuchs — sollte gleich dieses nicht viel mehr sein, als ein authentisches Abbild des Rechts seiner Entstehungszeit, wie es der Gesetzgeber aufgefasst hat — unabhängig wären vom historischen Wissen des Vorgangenen. Dann aber würde die Forschung des Rechtshistorikers, wenn nicht anders als schulgemäss gerechtfertigt, für uns nicht höher stehen können, als die Thätigkeit des Alchymisten. Der Dienst, den jene Forschung principiell zu leisten hätte, wäre im angenommenen Fall nicht noch zu thun, somit ihr Zweck unerreichbar. Sollte denn wirklich beispielsweise unsere Einsicht in das im Gebiet

des deutschen Reichs geltende Wechselrecht und Strafrecht der Kenntniss Dessen bedürftig sein, was da und dort, in Leipzig oder Hamburg vor zwei Jahrhunderten gegolten und was Karl V. verordnet hat. Feuerbachs Behauptung (Kleine Schriften S. 164), „dass genau genommen nicht ein Statut der kleinsten Reichsstadt ohne das Studium der Gesetze aller Jahrhunderte und Nationen vollständig begriffen, mit umfassendem Geiste dargestellt werden kann,“ enthält eine doctrinäre Uebertreibung, besagt auch viel mehr als im Vorausgehenden von mir bezweifelt worden ist, und zwar nicht blos darum, weil Feuerbach auch auf die Rechtsvergleichung reflectirt. Das „genau genommen“ deutet auf die weltgeschichtliche Causalität, von welcher Wer sie anerkennt nicht leugnen wird, dass ihr das Statut der kleinsten Reichsstadt unterworfen sei. Aber mit der Anerkennung des allgemeinen Causalitätsgesetzes kann das allorts beobachtete Verfahren wohl bestehen, der für die Erkenntniss des Seins gewöhnlich erforderlichen Erforschung der Genesis in jedem einzelnen Fall Grenzen zu ziehen, so gut wie die Möglichkeit zu einem wissenschaftlich zureichenden Verständniss eines gewissen Rechtszustandes zu gelangen auch ohne Einblick in den geschichtlichen Zusammenhang. Savigny selbst, wo er zuerst sich über »die strenge historische Methode der Rechtswissenschaft« aussprach (in der Schrift »Vom Beruf«, dem Programm der historischen Schule nach Jherings Ausdruck), scheint zu seiner Forderung nach „historischer Ergründung des bestehenden Stoffs“ durch nichts Anderes bestimmt worden zu sein, als durch die Gestalt eben dieses bestehenden Stoffes, des in deutschen Landen geltenden gemeinen Privatrechts.

§ 2. Wenn Savigny damals so weit ging, beiläufig zu äussern: „eine Rechtswissenschaft, die nicht auf dem Boden gründlich historischer Kenntnisse ruht, versieht eigentlich nur Schreibersdienst bei dem Gerichtsgebrauch“, so soll sich zeigen,

dass dieses Urtheil nicht unter allen Umständen als zutreffend gelten kann. Betrachten wir nur unsere Muster, die römischen Juristen. Gewiss dienten sie mit ihrer Rechtswissenschaft dem Gerichtsgebrauch (zu denken an *disputatio fori*), wenn sie *responsa* gaben, verarbeiteten, sammelten, wenn sie Gesetze, *Senatusconsulte* und das *Edict* erklärten mit einer *singulis verbis congruens interpretatio* und mit Entscheidung von Anwendungsfällen, wenn sie das Gültige bezeugten mit *hoc iure utimur*, *placet*, *placuit* oder *constat*, und vorschrieben was erst gelten solle mit *actionem*, *exceptionem dandam* oder *denegandam esse*. Neben diesen ihren bedeutendsten Leistungen gewahren wir manch lebens- und weltweises Wort, das Warum und Wozu lag ihnen nicht fern, als Philosophen sind sie nicht zu verachten. Aber dass, wie Savigny sagt, »in den Responsen der Alt-Römischen Juristen der praktische und geschichtliche Blick gleich bewunderungswürdig erscheint,« überhaupt dass dieselben »gründlich historische Kenntniss« gehabt, dass ihre Rechtswissenschaft auf solcher beruht, lässt sich ebenso wenig behaupten, als dass ihre Rechtswissenschaft darum d. h. wegen des Mangels an gründlicher Historie nur Schreiberdienste bei dem Gerichtsgebrauch versehen habe. In den erhaltenen Juristenschriften wenigstens kommt nicht viel von historischer Forschung, ja nur von historischem Interesse zum Vorschein. Freilich wollte Justinian von dem Ueberflüssigen und den alten Fabeln nicht viel wissen, und als er für die *Digesten* die *Classiker* durchsiebte, nur das Praktische passiren lassen. Vgl. *prooem. J. 3*; *const. Deo auctore 10*; *Omnem 3*; *Tanta 10, 11*. Dabei könnte leicht eines und das andere Stück römischer Rechtsgeschichte der *Classiker* zurückgeblieben sein. Allein wäre solchen Stoffes Viel und wäre er gar, wie zu erwarten, in die Bearbeitung des geltenden Rechts verwebt gewesen, es würden sich mehr Spuren von römischer Rechtsgeschichte der Römer erhalten haben. Dagegen spricht

nicht, dass sie in der Dogmengeschichte als wohl befahren und als gewissenhafte Referenten erscheinen — obzwar wo Vertreter entgegengesetzter Ansichten genannt werden, dieselben nicht auch stets als deren Urheber angesehen werden müssen, und das Zurückgreifen auf die Ansichten Aelterer seine Grenzen hatte; darüber Pernice, *Labeo* S. 5/6, wo § 47 statt § 42 de O. J. 1, 2 gedruckt ist. Spruch- und Controversenkenntniss sind von rechtshistorischer Kenntniss verschieden; auch hatte »die Gewissenhaftigkeit, mit welcher die Juristen das Dasein einer Controverse bemerken« meist praktische Wichtigkeit. Puchta, *Institutionen* § 117 Text nach Note d. — Dagegen spricht ferner nicht, dass sie in ihren ältesten Rechtsquellen, wenigstens in den zwölf Tafeln bewandert sind, sie geeigneten Orts namhaft machen (z. B. 1 p D 26, 2 u. 26, 4 u. 27, 10), sich um deren Wortbedeutung und Sinn bekümmern (z. B. 29 § 1 D 40, 7. 62; 80; 120 D 50, 16), insofern jene noch in Geltung sind. Gaius freilich, der „dem archaischen Trieb in Hadrians Zeit folgend“ (Bethmann-Hollweg), nach langer Pause in dieser Literaturgattung und als Letzter einen Commentar zu den zwölf Tafeln schrieb, scheint dabei, nach Schölls Meinung, nicht mehr von dem Gesetz selbst, sondern von den Arbeiten früherer Interpreten ausgegangen zu sein.

Wie leicht aber. entschlägt sich der Römer einer blos historischen Aufgabe, deren Lösung ihm der heutige Deutsche danken würde, wenn er sagt: *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.* 1 p D 9, 2; denn die Ablehnung des Referats wird doch wohl durch die gemeldete Derogation begründet sein. Und hat, was nahe liegt, der Verfasser Ulpian *derogare* im technischen Sinn genommen, den er selbst anderwärts angibt (Ulp. fr. 3) und den Andere

bezeugen (Festus h. v. 102 D 50, 16), dann konnte es gerade geboten sein, was von früheren Quellen fort dauere, namhaft zu machen. Vgl. 1 D 47, 7. 28 § 6 D 12, 2. 9 D 47, 9. 41 p D 44, 7. Wie schnell kommt derselbe Ulpian in 2 D 16, 1 vom Fröhern auf das umfassendere Geltende. Vgl. ferner Ulp. fr. XX 2 sqq. und 17 D 26, 1. Wären uns die dort (2 D 16, 1) erwähnten Edicte erhalten, es würde Niemand vom Vellejanischen Senatsschluss handeln dürfen, ohne sich mit jenen Vorläufern wirklich einzulassen. Bei einem kurzen *in usum venit* (Gaius 1 D 12, 2) ohne Wann und Wie würde die heutige Schule nicht stehen bleiben und besonders nachsehen, ob nicht das *iusiurandum* Nachkomme des *sacramentum* in der *sacramenti actio* sei. Wie dürftig ferner und wie ungenau ist Pomponius' Darstellung des *iuris origo atque processus*, womit er sich bei unseren Alterthumsforschern schlechten Dank erworben hat. Nur an Eines zu erinnern, so nehmen sich bei ihm (2 § 12 D 1, 2) die *legis actiones, quae formam agendi continent* als etwas noch in seinen Tagen den übrigen Rechtsquellen oder Rechtsbestandtheilen ebenso Gleichgeordnetes aus, wie wo ihrer zuerst von ihm gedacht wird in § 6, trotz § 10. Scheint uns in der Geschichte des römischen Civilprocesses, und beinahe selbst des Privatrechts, ein Ereigniss bedeutender zu sein, als die Aufhebung des *Legisactionen-* oder die Einführung des *Formularverfahrens*? Und doch erwähnt ihrer Pomponius gar nicht, auch nicht der von Gaius genannten einschlägigen Gesetze, und Gaius (IV 30) hier fast unsere einzige Quelle befriedigt uns nicht entfernt, zumal er über das Verhältniss der *lex Aebutia* zu den *duae Juliae* schweigt. Epochemachend nach der herrschenden Meinung ist *Julians Edictsredaction* (vgl. Rudorff in seiner Zeitschr. III S. 11); aber eine Aeusserung eines römischen Juristen über dieselbe werden wir wohl vergeblich suchen. Mit Erstaunen sieht man sich

hier auf Justinian als Berichterstatter und Gewährsmann angewiesen. Pomponius würde ihrer in seinem Handbuch vielleicht gedacht haben (vgl. 2 § 44 D 1, 2), wenn sie zur Zeit der Abfassung desselben schon zu verzeichnen gewesen wäre; s. übrigens Rudorff, *edictum perpet.* p. 10/11. Dass es keine Fortsetzung des geschichtlichen Theils jenes Handbuchs, oder kein zeitlich weiter reichendes, aus anderer Feder gegeben habe, wird uns leichter zu glauben, als dass die Compileren solches Material für den tit. D de origine iuris unbenutzt gelassen haben. Vielleicht auch hängt Pomponius' Schweigen damit zusammen, dass er überhaupt bei den literarischen Arbeiten der Juristen der Kaiserzeit nicht verweilt. Dass aber Gaius, wo er andere quellengeschichtliche Bemerkungen macht, über die Julian-Hadrianische Neuerung hinweggeht, wird der Anhänger der herrschenden Meinung als Mangel an historischer Vollständigkeit, vielleicht auch Urtheilskraft empfinden müssen. Ist doch die grosse Einschränkung der Autonomie der Jurisdictionsmagistrate, welche wir als Folge zu denken haben, nicht so leicht zu vereinigen mit der Art wie Gaius (I 6) vom ius edicendi spricht, mag man dabei mit Rudorff an „die analoge Anwendung und Ausdehnung des Edicts“, oder mit Mommsen und Brinz (*Jahrb. d. gem. d. Rechts* III S. 4/5, *Krit. Vierteljahrsschr.* XI S. 480) an das ius edicti perpetui proponendi denken. Aus Ga. IV 11: *edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt* . . lässt sich ebenso wenig schliessen, dass Gaius solche Einführung nicht noch für möglich gehalten habe. Bei der Hebung der Schwierigkeit verdient wohl auch 3 D 1, 14 vv. *quae edixit* berücksichtigt zu werden. — Fast so wenig wie über Julians Werk geben die römischen Juristen historische Nachrichten darüber, dass die Fassung des Edicts, mit der sie sich beschäftigen, da und dort nicht die von jeher geltende sei; standen ihnen doch die *edicta veterum praetorum* offen,

Gell. XI 17. Schwerlich öfter als in 1 D 4, 2 und 3 D 37, 8 cf. 1 § 18 D 37, 9 wird auf das Dasein einer frühern Edicts-gestalt verwiesen.

Männer mit praktischem Blick und von ihrer eigensten Aufgabe erfüllt, wie die römischen Juristen waren, pflegten sie einen neuen Gegenstand tractirend die ratio, utilitas, aequitas oder iustitia der Rechtssätze hervorzuheben, sich bei der Geschichte hingegen nicht aufzuhalten. Der historischen Notizen — von Ausführungen ist nicht zu reden — finden sich bei den Pandektenjuristen so wenige, dass sie unschwer alle aufzuzählen wären. Nur die Enden von Entwicklungsreihen sind anzutreffen in 5 § 1 D 20, 1: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*; 1 p D 48, 14: *Haec lex (Julia ambitus) in urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratum creatio pertinet, non ad populi favorem*. Was Ulpian in 1 p D 29, 1 gibt, kann nicht den Anspruch machen, eine Geschichte des Soldatentestaments zu sein. Was Paulus in 1 p D 18, 1 über den Ursprung des Kaufs beibringt, gehört weniger der Rechtsgeschichte des Kaufes, als der Geschichte des Geldes an und trägt insofern etwas speculativen Character, als das Metallgeld ohne Weiteres als die ursprüngliche Geldform angenommen ist. Erwünschter wäre uns, zumal denen, welche der Anfang der Klagbarkeit der Consensualcontracte interessirt, über die Entwicklung derselben Nachrichten zu erhalten. Dem scheinen jedoch die Römer nicht geflissentlich nachgegangen zu sein (s. u. § 4). Nachdem Paulus sitten- oder wirthschafts- nicht rechtsgeschichtlich den Kauf vom Tausch abgeleitet hat, gedenkt er (1 § 1 D cit.) der Controverse über die Grenze von Kauf und Tausch, eines Schulstreits, der schwerlich blos theoretische Bedeutung hatte. Führt hier die eine Partei den Homer für sich in's Feld (vgl. auch Ga. III 141), so stellt sich von selbst die Betrachtung ein, wie viel uns in Dingen des altrömischen Rechts

der Plautus gilt, und wie die römischen Juristen diesen Zeugen entschwundener Tage unbenutzt lassen. Auch wenn ihnen die Geschichte ihres Rechts wissenswürdiger gewesen wäre, als es den Anschein hat, hätten sie wenig Anlass gehabt, auf den Comödiendichter zu recurriren, da ihnen die Rechtsquellen und Juristenwerke der Vorzeit und von diesen nicht bloß die Tripartita (2 § 38 cf. 2 u. 7 D 1, 2) zu Gebote standen.

§ 3. Es darf hier genügen, was über die römischen Juristen als Rechtshistoriker zu sagen ist, *quasi per indicem tetigisse*, wie sich Gaius ausdrücken würde. Aber es wäre einseitig diesen Gegenstand zu verlassen, ohne den Blick auf ein vom Urheber des Digestenwerks nicht verändertes und nicht vermindertes Erzeugniss der classischen Jurisprudenz gerichtet zu haben. Zwar wird nicht leicht Jemand Justinian regen Sinn, grosse Sympathie für die Geschichte seines Rechts nachrühmen, ihn gar für einen *laudator temporis acti* erklären, wenn er auf die Controversen der Classiker ebenso sehr herabsieht, als er seine eigenen radicalen Neuerungen bewundert und anpreist: obgleich er doch auch gelegentlich sich verwahrt mit *ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores* (22 § 13 C 6, 30) und Institutionen verfassen liess, *quibus breviter expositum est et quod antea optinebat et quod postea desuetudine inumbratum ab imperiali remedio illuminatum est*. (prooem § 5). Gleichwohl ist es aus mehr als einem Grunde wahrscheinlich, dass die Weglassungen und Aenderungen, welche die Compileren in den Juristenschriften vornahmen, Dinge betrafen, welche zwar nicht zu ihrer, aber doch zur Zeit der Verfasser gegolten haben, und nicht solche, welche schon in den Tagen Ulpian's ihre Geltung verloren hatten, und von ihm und den Anderen nur als historisches Material vorgetragen waren. Es ist wahrscheinlich, dass in den grossen Werken, welche den Grund-

und Hauptstock der Digesten abgaben, der Geschichte auch ursprünglich wenig Raum beschieden war, dass sie ihren Platz fand nicht in Schriften für die Rechtspflege, sondern für die Rechtslehre, in den Compendien, welche den Bestand zu überliefern, nicht zu erweitern hatten. Stimmt dies zu dem früher Vorgebrachten und bedeutet, dass die Geschichte ausserhalb der (praktischen) römischen Rechtswissenschaft stand, so wird der Blick auf ein propädeutisches Werk, auf Gaius' Compendium lehren, dass wir unser Urtheil über römische Rechtsgeschichte der Römer auch vor dieser zusammenhängenden und reinen Darstellung aufrecht erhalten können. Ihr vorzugsweise sind die historischen Einleitungen entnommen, mit welchen die Lehren der Justinianischen Institutionen vielfach ausgestattet sind — entnommen Institutionen und nicht einem gewichtigen Werke der wissenschaftlichen Literatur, denn das Rechtsgeschichtliche war regelmässig in der Vorschule zu suchen und besonders in den Institutionen untergebracht. So klingt denn auch das Vorwort zur geschichtlichen Vorrede, welche Gaius' Zwölftafelcommentar eröffnet (I D 1, 2), wie eine nothwendige Entschuldigung, dass der Verfasser statt ohne Weiteres zur Lösung seiner Aufgabe zu schreiten, erst noch einen Gang zu den Anfängen unternimmt.

Einiges zur Kennzeichnung Gajanischer Rechtsgeschichte ist schon oben vorgekommen. Dafür, dass er vielfach Gesetze als Quellen wichtiger Neuerungen anführt, ohne die Zeit ihrer Erlassung anzugeben (vgl. z. B. I 3 u. 157; II 225—7), trifft ihn kein Tadel, wenn dem römischen Leser sich mit dem Namen zugleich das Datum des Gesetzes einstellte, oder doch leicht zu beschaffen war. Wenn es aber in geschichtlichen Erörterungen einfach heisst *postea* (III 189, 41 II 40, 54) oder *deinde* (II 102) oder *olim* (II 103 IV 48) oder *sed nunc alio iure utimur* (III 224) oder alle zeitliche Angabe fehlt (III 209 vgl. IV 133 *olim* und *nunc*): dann fragt man

bei uns, konnte auch der wissbegierige Römer fragen, wann oder seit wann? Bei den von Gaius behandelten **Materien** — und nur solche können wir besprechen — vermessen wir vielfach geschichtliche Rückblicke, die uns erwünschten Aufschluss geben könnten. Da findet sich kein Wort über das historische Verhältniss der vier Legatsarten (II 192—223), das Aufkommen der Substitutionen (II 174—184), der s. g. *adjectici*-schen Klagen (IV 69—74), der in *rem actio per sponsionem* (IV 91—95), kaum eines über die *Interdicts*geschichte (IV 139 ff.) und nur ein dürftiges über den Ursprung der *Fideicommiss*e (II 285). Wir haben uns eben ein den Römern nahezu fremdes rechtshistorisches Bedürfniss an- und ausgebildet. Ihm zu genügen, dürfte z. B. auch das bei Ga. IV 103—107 Vorgetragene nicht ohne geschichtliche Erklärung auftreten.

In III 193 (*Quae res tota oder quare tota lex ridicula est*) begegnen wir dem hyperkritischen Lachen, welches die Stelle der zulänglichen Einsicht zu vertreten pflegt. Die Unkenntniss selbst ist Gaius nicht zu verargen, da schon die *veteres interpretes* der zwölf Tafeln vom Standpunkt Ciceros nicht mehr in Allem Bescheid wussten. Cic. de leg. II 23. Es gilt hier was Sextus Caecilius sagt (Gell. XX 1, 5): *Obscuritates non adsignemus culpaе scribentium, sed inscitiae non adsequentium, quamquam hi quoque ipsi, qui quae scripta sunt minus percipiunt, culpa vacant.* Auch soll Gaius nicht deswegen getadelt werden, weil er den Sachverhalt wie er ihn sich dachte lächerlich fand. Wohl aber darüber, dass er sich den Sachverhalt ohne Weiteres so verlachenswerth dachte. Sein rationalistisches Absprechen sammt der beige-fügten Begründung machen den Eindruck der Flachheit. Was gab ihm das Recht die gesetzlichen Vorschriften über den Zustand des Haussuchenden mit dem edictalen *furtum prohibitum* in Zusammenhang zu bringen, sich die Lächerlichkeit

vorzustellen, jene Vorschriften hätten der Prohibition der Haussuchung entgegenwirken wollen. Die ansprechendste Anordnung des überlieferten geringen Materials nebst Ergänzung durch Hypothese gibt Vangerow, de furto concepto ex lege XII t. Nur dürfte, was Gaius wider die Zwecke der *lanx* geltend macht, nicht durch Verweisung auf 5 und 10 D 1, 3 widerlegt werden, da Gaius die Haussuchung z. B. nach Vieh als gewöhnlichen Fall im Auge haben konnte. —

Weit vorsichtiger ist das *quod videtur nulla ratione factum* in Ga. IV 24; indessen, so sollte man meinen, müsste weiterem historischen Forschen wenigstens der Anlass der kritisirten Formulirung erreichbar gewesen sein — wie sich solchenfalls wohl auch eine eigene, bestimmtere Ansicht ergeben hätte statt *qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur* in Ga. IV 35; vgl. auch Ga. 3 D 44, 7 (*nihil exprimitur: fortassis*). War aber jener Anlass erkannt, dann hätte die Verurtheilung der Thatsache (*quod videtur nulla ratione factum*) von ihrer Erklärung begleitet sein sollen. Hier wie sonst — man bedenke z. B. *valde quaeritur* in Ga. IV 20 — lässt die moderne Forschung sich durch den römischen Rechtshistoriker weder vorgreifen noch einschränken, und Jhering, Geist d. röm. Rechts § 52 N. 149, dürfte einen Weg zur Erklärung jenes Anomalen gewiesen haben.

§ 4. Gaius (III 216) hält bis auf Eines — nämlich die *Litiscrescenz*, was schwerlich die Hauptsache war, wenn die *Mandatsklage* ihrerseits mit *infamia* strafte — hält die Einführung der *actio damni iniuria ex lege Aquilia* gegen den *adstipulator* für überflüssig, *id caveri non fuit neccessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret*. Der uns nahe liegende Gedanke, dass, als die *lex Aquilia* erschien, das *mandatum* nicht, oder doch nicht auch für den Erben (III 117) klagbar war, scheint gar nicht bei ihm aufgetaucht zu sein. Und wenn das gedachte Zeitverhältniss das richtige,

nämlich die Mandatsklage jünger ist als die *lex Aquilia* — wofür z. B. Pernice, *Labes* I S. 443 z. N. 10 und Voigt, *Jus naturale* III S. 544 — in welchem Lichte erscheint dann Gaius' Beurtheilung des zweiten Capitels der *lex Aquilia*? Dann ist sie nicht bloß verfehlt, sondern ein Symptom argen historisch-mathesischer Schwäche. —

Pernice, welcher mit Verweisung auf Ga. III 158 behauptet (S. 447), es könne nicht ausgemacht werden, dass der Auftrag nach dem Tode des Mandanten erfüllt werden solle, geräth wie er bemerkt mit 12 § 17 und mit 13 D 17, 1 in Widerspruch. Wenn in Ga. III 158 wirklich die Unmöglichkeit des *mandatum post mortem* (des Mandanten) ausgesprochen wäre, so würde damit wohl auch die Anwendbarkeit der *al stipulatio* gänzlich oder beinahe ausgeschlossen sein, da es nämlich bei dem dem *al stipulator* erhaltenen Auftrag hauptsächlich darauf abgesehen ist, *ut is post mortem nostrum agat: qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo membra in rem heredi non tenetur*, Ga. III 117, vgl. auch 59 p D 17, 1 und Müllentruph in Glück's Commentar 43 S. 398. Allein Ga. III 158 ergibt jene Behauptung nur dann, wenn man wie in Stobbe's Ausgabe nach Krüger's Vorlesung ohne handschriftlichen Anhalt folgendermassen liest: *Item si quis post mortem suam vel post mortem neam facendum (mibi) mandet. Initale mandatum est quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse*. Diese (die erste) Emendation, welche wie gezeigt vor einer weiter greifenden Vergleichung der Stelle nicht w. kl. bestehen kann, vermöchte höchstens in der allgemeinen Begründung *quia generaliter placuit* u. s. w. einen Anlass zu finden. In Ga. III 119 wird nämlich eben derselbe allgemeine Grund vorgetragen, dabei aber unter der *heredis persona* der Erbe nicht nur des einen, sondern jedes der beiden Contractanten verstanden. Allein mit dem allgemeinen Grund scheint

es die bei manchen römischen Juristen nicht ungewöhnliche Bewandniss zu haben, dass ein allgemein gefasster und in der Allgemeinheit seiner Fassung unstichhaltiger Lehrsatz als allzeit fertiger zur Erklärung verschiedener Entscheidungen verwendet, hierüber aber die individualisirende Erklärung versäumt wird. *Ab heredis persona obligationem incipere non posse* besagt: die obligatorische Rechtsfolge eines Thatbestandes kann nicht erst beim Erben eines bei dem Thatbestand Betheiligten beginnen. Der Satz in diesem allgemeinen Sinn wird nun schon durch das *legatum per damnationem* beeinträchtigt, wo *incipit ab heredis persona obligatio*. vgl. auch 40 D 44, 7 *Hereditiarum actionum loco habentur et legata, quamvis ab herede coeperint*. Dass jener Satz sich nur auf Geschäfte *inter vivos* beziehe, lässt sich nicht einwenden gegenüber 1 C 4, 11 und 11 C 8, 37 nebst Ga. II 232 verglichen mit Ulp. XXIV 16 Paul. III 6, 5, wo statt jenes Satzes ein anderer Grund fungirt und Ga. II 277, wo die Gültigkeit des *fideicommissum post mortem heredis* ausgesprochen, also eine Ausnahme der Regel aufgestellt ist. Wohl aber ergibt der Hinweis auf das *legatum per damnationem*, dass jener Satz mit Einschränkung, nämlich nur von den Fällen zu verstehen ist, wo die auf den Erben verstellte obligatorische Rechtsfolge auf den Erblasser d. i. die Person verstellt werden könnte, deren Tod im Thatbestand in Aussicht genommen ist — was natürlich beim *legatum per damnationem* nicht möglich ist. Zunächst bedarf es nun aber der von Gaius beigebrachten Rechtsregel gar nicht zur Erklärung der Wirkungslosigkeit des *mandatum post mortem* des Mandatars. Die Uebernahme eines Auftrages, den der Uebernehmer erst nach seinem eigenen Tode ausführen soll, ist schon als ein sich widersprechender Thatbestand keiner Rechtswirkung fähig, geht auch auf eine unmögliche Leistung. Denkt man jedoch daran, dass der übernommene Auftrag

zwar nach dem Tode des Uebernehmers, aber durch andere Personen ausgeführt werden soll, so kommt man, weiterer Bedenken zu schweigen, in Widerspruch mit dem Wesen des Mandats, bei welchem in erster Linie auf die Person des Mandatars, deren Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit gesehen wird. vgl. 57 D 17, 1 vv. *qui certi hominis fidem elegit*. Es liesse sich ferner sogar in Zweifel ziehen, ob die von Gaius angeführte Rechtsregel eine passende Erklärung für die Ungültigkeit des *mandatum post mortem* des Mandatars abzugeben vermög. Dass aber jene Regel auf das *mandatum post mortem* des Mandanten keine Anwendung leidet — während die oben verworfene Emendation in Ga. III 158 solche Anwendbarkeit voraussetzt — lässt sich nicht verkennen. Für die Ungültigkeit dieser Mandatsart wüsste ich auch nicht einen inneren d. h. der Natur des Geschäfts entnommenen Grund zu entdecken. Es ist nicht blos willkürlich, sondern verfehlt, wenn man, trotzdem jene Ungültigkeit nicht bezeugt ist, für 12 § 17 und 13 D 17, 1 citt., welche ein gültiges *mandatum post mortem* des Mandanten enthalten, eine Interpolation aus 1 C 4, 11 cit. angenommen hat. vgl. Windscheid Pandektenrecht § 411 N. 5. Es handelt sich nämlich bei dem fraglichen *mandatum* gar nicht darum, dass *actio* oder *obligatio* erst *ab herede et contra heredem incipit*. Vielmehr gibt es Gründe genug, aus denen der Mandatar schon bei Lebzeiten des Mandanten klagbar oder haftbar wird. Man denke z. B. der Mandatar hat sich bösslich in die Unmöglichkeit versetzt, den Auftrag nach dem Tode des Mandanten auszuführen (vgl. Ga. III 117. 215. 216; 12 D 46, 4), oder der Mandant verlangt zurück, was er dem Mandatar zur Ausführung des Auftrags gegeben hat, widerruft insofern das Mandat, hier kann Letzterer im Gedanken an seinen klagberechtigten Erben von sich sagen: *potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire* 27 § 1 D

mandati 17, 1, in welcher Stelle hiernach und gemäss der Nachbarschaft von 27 p und § 2 mit Windscheid nicht *mandati obligatio* zu sehen kein Grund vorliegt. Umgekehrt kann der Mandatar schon bei Lebzeiten des Mandanten in die Lage kommen gegen diesen zu klagen, wie in 12 § 17 ib.: *potuit enim agere (sc. mandati) etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

Nach allem ist nicht die Gültigkeit des *mandatum post mortem* des Mandanten eine Singularität (am wenigsten im Widerspruch mit der Ga. III 158 genannten Regel), sondern höchstens die Fortdauer der Gültigkeit dieses Mandats nach dem Tode des Mandanten d. h. die Durchbrechung der Regel, dass das Mandat durch den Tod eines der Contrahenten aufgehoben wird. Mit der Beschränkung dieser Abweichung auf die Mandantenseite hängt wohl der von Gaius nicht erklärte Satz zusammen: *adstipulatoris heres non habet actionem.* (Ga. III 114. IV 113), ohne Rücksicht auf die in 108 D 46, 3 angerufene *lex obligationis*. Die Aufstellung der Singularität aber ist leicht begreiflich. Die Regel der Auflösung des Mandats durch den Tod des Mandanten konnte nur dem gewöhnlich vorhandenen Willen entsprechen, ein von den Contrahenten bethätigtes Vertrauensverhältniss nicht auf den Erben zu übertragen. Allein wer eine nach seinem Tode auszuführende Handlung einem Anderen aufträgt, bewirkt damit keineswegs eine Erstreckung des Vertrauensverhältnisses auf seinen Erben. Ist jedoch das *mandatum post mortem* des Mandanten ein blosses Incassomandat (als Auftrag zum Empfang einer Zahlung), welches keine eigentliche Activität vom Mandatar erheischt, während die Eincassirung ebenso gut vom Erben als solchem geschehen könnte (anders als bei den bisher erwähnten Mandatsfällen der fraglichen Art, vor Allem bei der *adstipulatio*) und ihre Uebertragung an einen Dritten

dem zunächst interessirten Erben vorgreifen würde, dann tritt nach 108 D 46, 3 wiederum die Regel in ihre Rechte und in Wirksamkeit: *ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur*. Die Stelle, die am Schlusse für die Rechtsbeständigkeit des *mandatum post mortem* des Mandanten beweist (*mandatum dissolvitur*), bedarf nach der hier vorausgeschickten Erklärung keiner (auch durch die Basiliken nicht unterstützten) Emendation, um dem was von dieser Mandatsart gilt nicht entgegen zu sein. Die von Cuiacius vorgeschlagene Textänderung, welche Glück, Commentar 15 S. 339 ff. billigt, beeinträchtigt die Concinnität.

§ 3. In III 217, wo er vom dritten Capitel der *lex Aquilia* handelt, sagt Gaius: *si quid enim ustum aut ruptum aut fractum (fuerit), actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere*. Nimmt man dazu noch den für dieses Urtheil angegebenen Grund: *ruptum (enim intelligitur quod quoquo modo corruptum) est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et conlisa et effusa et quoquo modo vitata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur*: dann wird es fast gewiss, dass Gaius einen historischen Fehler, einen weiteren Anachronismus begangen hat. Die von ihm behauptete Möglichkeit (*quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere*) ist höchst wahrscheinlich erst von der späteren, dem Aquilischen Gesetz nachfolgenden, durch den Wortlaut des Gesetzes veranlassten *Interpretatio* der *Veteres* geschaffen worden. Erst diesem von Gaius hier ausser Acht gelassenen historischen Factor scheint die umfassende Deutung des *ruptum* zu verdanken zu sein. Eine Kritik des Inhalts: *potuit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere* wäre danach verkehrt.

Belege für die allgemein angenommene Thatsache der

Anwendung ausdehnender Interpretatio auf das *ruperit* des dritten Capitels der lex Aquilia sind bei Voigt, Jus naturale III S. 290 zusammengestellt, insbesondere 27 § 18, 22, 24 D 9, 2, ausserdem 27 § 3 D 47, 2. Auch sagt Ulpian 27 § 13 D 9, 2: Inquit lex »ruperit«. Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt »corruperit«. Es ist kaum denkbar, dass Ulpian unter den *veteres* Juristen verstanden habe, welche schon gegen Ende des dritten Jahrhunderts der Stadt, die gewöhnlich angenommene Erlassungszeit des Gesetzes, lebten. Ulpians Ausspruch bedeutet etwas Anderes, als wenn er lautete: Inquit lex »ruperit«. Rumpere autem corrumpere est prisca lingua (vgl. Ga. IV 17). *Intellexerunt* besagt — nach Ausweis von 70 i. f. 84. 103. 162 D 50, 16 — nicht, dass die von Ulpian gemeinten alten Interpreten *ruperit* mit *corruperit* von vornherein für gleichbedeutend erachtet, wohl aber dass sie es dahin verstanden, anlässlich gegebener Fälle interpretirt haben. Etwas Anderes, nämlich dass *rumpere* schon anfänglich im umfassenden Sinn von *corruptere* gegolten habe, lässt sich nicht entnehmen aus 27 § 16 D 9, 2, wo Ulpian über Celsus berichtet: Et non negat fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia complectatur, und diesen allgemeinen Satz billigend hinzufügt: quae sententia vera est. Beiläufig bemerkt war *corruptum* kein Gesetzeswort und ist die Reihenfolge von *urere*, *frangere*, *rumpere* verschieden in 27 § 5 D 9, 2; Ga. III 217 (13 J 4, 3) und 72 § 1 D 36, 1. Ulpian kann nach dem Früheren mit Bezug auf die ältere Zeit nicht gemeint haben: *fractum et ustum contineri* oder *continebatur rupti appellatione*, und die allgemeine Anmerkung über den Gesetzesstil kann von ihm gebilligt worden sein, ohne dass er damit gesagt hat, sie gelte auch schon von der lex Aquilia.

Der von Celsus gemeinte Gesetzesstil war in Ulpians Tagen allerdings kein *novum* mehr, aber dieser Pleonasmus scheint erst im Laufe der römischen Rechtsentwicklung aufgekommen zu sein. In den zwölf Tafeln finde ich keine Spur davon, und die erste lange Zeit nach der lex Aquilia. — Um die gajanische Auffassung zu halten, könnte Einer herbeiziehen, was Festus (ed. Müller p. 265) s. v. *Rupitias* aufstellt: *Rupitias* (in) XII significat damnum dederit. Es ist dies die Stelle, welche man in Verbindung mit Festus s. v. *Sarcito* (M. p. 322) zur Quelle einer allgemeinen Schadensersatzklage der zwölf Tafeln, einer actio de rupitiis sarcien dis gemacht hat. Durch die eingehende, fast erschöpfende Behandlung, welche C. Sell diesem Gegenstand gewidmet hat (die a. de rupitiis sarcien dis . . . 1877), ist die grosse Unwahrscheinlichkeit seiner einstigen Existenz leichter erkennbar geworden; jene Schrift strebt indessen den entgegengesetzten Nachweis an. Ob man in der ersten Festusstelle *rupit* oder *rupsit* liest oder an dem überlieferten *rupitias* festhält, schlägt nichts für den Sinn, da letzterenfalls nach Sells Ausführung *dederit* hinzuzudenken und *rupitias dederit* in keinem anderen Sinn zu nehmen wäre, als *rupit* oder *rupsit*. Als solchen gibt Festus *damnum dederit* an. Dagegen erklärt nun aber Schöll, XII tabb. p. 97, was oben gegen Gaius gesagt worden ist: Legi ipsi in Festi loco imputatur, quod interpretationi posteriori debebatur. Es ist freilich juristisch nicht zu rechtfertigen, das zu erklärende Zwölftafelwort gerade nur auf das *Si membrum rupsit* der zwölf Tafeln zu beziehen, was Schöll gethan und Pernice, Z. L. v. d. Sachbeschädigungen S. 3, dann gerügt hat. Allein mit dieser Verwerfung ist die Annahme, dass Festus »die spätere, auf dem Wege juristischer Auslegung entstandene, erweiterte Bedeutung von *rumpere* im Sinne von *corrumperere*, wie sie uns in der lex Aquilia entgegentritt, in die XII Tafeln hineingetragen habe,» noch

längst nicht unmöglich geworden. Man halte immerhin bei der rechtlichen Beurtheilung des *rumpere* die Gesichtspunkte des *damnum* und der *iniuria* auseinander: wenn in den zwölf Tafeln steht *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* und folgt *manu fustive si os fregit libero CCC . . poenam subito*, kurz wenn zwischen *membrum ruptum* und *os fractum* unterschieden wird (Ga. III 223), dann lässt sich nicht gut voraussetzen, dass in der Sprache der Gesetzgeber *rumpere* ein auch *frangere* umfassender Ausdruck gewesen sei. Wäre dies doch der Fall gewesen, so würde sich, da dann ein *os fractum*, das nicht auch *membrum ruptum* wäre, schwer zu denken ist (vgl. Liv. II 32), der Unterschied in der Bestrafung beider nicht erklären lassen; man müsste denn annehmen, dass *os fractum* eine ausgezeichnete Species des Genus *membrum ruptum* gewesen sei. Begreift aber das *rumpere* der zwölf Tafeln nicht das *frangere* (so wenig als ursprünglich in der *lex Aquilia*), dann kann auch *rupsit* (*rupit* oder *rupitias* sc. *dederit*) ursprünglich nicht bedeutet haben überhaupt *damnum dederit*, muss vielmehr auf Schädigung im Wege einer bestimmten Thätigkeit gegangen sein. Wie dem auch sei, der oben kritisirten gajanischen Kritik der *lex Aquilia* c. 3 wird von Festus s. v. *Rupitias* keinerlei Unterstützung gewährt, so lange die Richtigkeit der von Festus gegebenen Signification selbst noch dem Zweifel unterliegt. Wäre doch auch möglich, dass Festus mit derselben gar nicht eine Worterklärung liefern, also nicht sagen will, dass die zwölf Tafeln unter *rumpere* oder *rupitias dare* alles schädigende Thun verstanden haben, sondern angeben will, dass das *rumpere* oder *rupitias dare* im Sinn der zwölf Tafeln nur dann vorhanden sei, wenn Schaden als Wirkung vorliegt, wobei das Gesetz sehr wohl eine Thätigkeit bestimmter Art im Auge haben kann. Vgl. 27 § 17 D 9, 2: *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit . . . sed ita*

damnum, si damnum iniuria datum est... Aquilia enim eas ruptiones quae damna dant persequitur. cf. 9 § 3. 15 § 30 D 47, 10.

§ 6. Vom historischen Excurs in den Legisactionen-process liegt auf der Hand, wie dürftig er ist, auch wenn man die Lückenhaftigkeit der Handschrift in Anschlag bringt, wie wenig er tiefgehende Theilnahme und ausreichendes Wissen bekundet. Wie überflüssig wehländig ist von der Repräsentation des Vindicationsgegenstandes gehandelt (IV 17), während zur Lösung der bedeutenden Frage nach dem Bedürfniss des Condictionsverfahrens gar Nichts beigebracht ist (IV 20). Auch kann Niemanden entgehen, dass der episodenartige Bericht über die Legisactionen hervorgerufen ist fast nur durch das Erforderniss, zu erklären, was unter den noch geltenden *actiones*, *quae ad legis actionem exprimuntur* zu verstehen sei (IV 10). Selbst dem weiteren praktischen Zweck, den die Fortdauer des Sacramentsverfahrens in Sachen der Centumviralgerichtsbarkeit bietet, ist nur ungenügend Rechnung getragen. Hingegen fordert, was Gaius von den Legisactionen überhaupt, nämlich vom Begriff und Namen *legis actiones* sagt, zu einer Prüfung auf. *Actiones, quas in usu veteres habuerunt*, heisst es in IV 11. *legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoria, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur*. Hier werden uns alternativ zwei Gründe einer Benennung angeführt, welche Benennung in früherer Zeit (*appellabantur*) und, wie nicht anders anzunehmen, zu der Zeit Statt gefunden haben soll, da die *legis actiones* im Flor standen, zur Zeit der erwähnten *Veteres* selbst. Lassen wir vorläufig dahin gestellt, ob die *actiones* dieser *Veteres* wirklich schon bei diesen *Veteres* den Namen *legis actiones* führten und

fassen wir den ersten der zwei Gründe in's Auge. Mit *quod legibus proditae erant* ist nun freilich nicht gemeint, was Keller (Civilprocess § 12) darunter versteht: »weil sie (die Formulare) selbst durch Gesetze wörtlich vorgeschrieben gewesen wären, wie durch das Edict die späteren Formulae.« Dieser Auffassung ist schon von Anderen, z. B. Jhering, Geist d. r. R. § 47^c N. 871 widersprochen worden und sie steht auch im Widerspruch mit Pomponius Bericht: *ex his legibus . . . actiones compositae sunt* (2 § 6 D 1, 2), sowie mit dem Sinn, in welchem *actiones, quae legibus proditae sunt* in 11 D 19, 5 zu nehmen ist. vgl. Ga. IV 37 *nostris legibus actio constituta est*. Indessen verdient hervorgehoben zu werden, dass Keller durch eine gewisse Zweideutigkeit von Ga. IV 11 zu jener unrichtigen Auffassung bestimmt werden konnte. Bei Gaius bildet *actiones* das Subject des Hauptsatzes wie auch der beiden Nebensätze *vel ideo . .* und *vel ideo . .*. Für die Nebensätze muss aber *actiones* in zwei verschiedenen Sinnen genommen d. h. *actio* jedes Mal von einer anderen Seite angesehen werden. Denkt man nämlich bei *actio* an Rechtsmittel, Anspruch oder Klagrecht, überhaupt an ein Ding, das sich nicht hören und sehen lässt: dann kann man zwar sagen, die *legis actiones* seien *actiones legibus proditae*, man kann aber nicht sagen, sie seien *legum verbis accommodatae*. Letzteres lässt sich nur sagen von den Klagformeln oder -Formularen, also von der äusseren Erscheinung jener Rechtsmittel, Ansprüche oder Klagrechte. Stellt man hingegen wegen des zweiten Nebensatzes die Seite von *actio* in den Vordergrund d. h. nimmt *actio* in dem Sinn als Subject der Nebensätze, wonach sie Gesetzesworten accommodirbar ist, sagt also Etwas aus von *actio* als Formular oder formula (cf. *forma legis* Ga. IV 24) oder so zu sagen von der *actio expressa* (cf. Ga. IV 10) überhaupt einem Ding, das sich hören und sehen lässt, dann kann man, wie Keller,

zu der Meinung gebracht werden, die *actiones* in diesem Sinn seien *legibus proditae* gewesen. Die benachbarte Bemerkung, *edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt*, trifft ja für die beiden erwähnten Seiten der *actio* zu, und im Satze *ut in actione vites nominaret* hat man es mit einer anderen Seite der *actio* zu thun, als im nachfolgenden *ex qua de vitibus succisis actio competeret*.

Die Zweifachheit und die Zweideutigkeit von Gaius' Erklärung können Verdacht erwecken. Dass durch Gewohnheitsrecht und zwar *moribus rei militaris* und nicht durch Gesetz die *pignoris capio* in drei Fällen eingeführt worden ist (Ga. IV 26. 27), lässt sich freilich nicht einwenden. Diesen Einwand macht Bekker, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V S. 351, wenn er es mit Bezug auf Ga. IV 26 für gewiss erklärt, »dass das *lege agere* im technischen Sinne nicht beschränkt war auf Sachen, deren Klagbarkeit *leges* anerkannt hatten.« Gaius sagt nur, dass der *modus lege agendi per pignoris capionem* für die dort genannten Ansprüche gewohnheitsrechtlich eingeführt wurde, gibt aber nicht zu verstehen, dass die in diesem Verfahren verhandelten *actiones* nicht alle gesetzlichen Ursprungs gewesen seien. Auch das Verfahren mit *sacramentum* oder die *sacramenti actio* wird die Eigenschaft einer *generalis actio* (Ga. IV 13) nicht einem Gesetz, sondern dem Gerichtsgebrauch oder der *Interpretatio* zu verdanken gehabt haben.

Um so entschiedener dagegen ist Folgendes einzuwenden. »Die Klagen der Alten, so sagt Gaius, wurden darum Gesetzesklagen benannt, weil sie aus Gesetzen hervorgegangen waren; damals gab es ja keine Klagen aus prätorischen Edicten.« Dies ist offensichtlich eine ganz falsche Begründung und Gaius, der Rechtshistoriker, gibt sich hier wieder eine Blöße. In einer Zeit, in welcher die *actiones* aus *leges* und nicht anderswoher kommen, wird es Niemanden einfallen, sie

mit *legis actiones* zu prädiciren. Nur eine Zeit, die noch andere, die *actiones* aus Edicten kennt, als magistratische Rechtsgeschöpfe, nur eine solche Zeit kann darauf kommen, im Gegensatz zu *actiones edictales* oder *actiones* schlechthin von *legis actiones* im Sinne von *legitimae actiones* zu sprechen.

Gehört, wie Gaius überliefert, die Benennung der *actiones* mit *legis actiones* der früheren Zeit an, dann ist der erste der von ihm angeführten Benennungsgründe als Grund hin-fällig; sollte die Benennung späteren Ursprungs gewesen sein, dann könnte dieser Grund Platz gegriffen haben, obwohl dies unwahrscheinlich ist. Zwar ist den Römern eine allgemeine historische Unterscheidung der *actiones* nach deren Quellen keineswegs fremd, wie sich ergibt aus Ga. IV 109—112. 37, vgl. 3 sqq. J 4, 6; aber weder legen sie auf diesen Ein-theilungsgrund sonderlich Gewicht (vgl. Ga. IV 1—10, wo er fehlt, und Ulp. 25 D 44, 7, wo er ganz zurücksteht und unausgesprochen ist), noch scheint es ihnen werth, die aus einer *lex* als Quelle fließenden *actiones* vor den übrigen *civiles actiones* durch den Namen *legis actiones* auszuzeichnen; höchstens als *legitimae actiones*, wenn man sich hierfür auf Festus s. v. *possessio* und Gell. XX 10, 10 berufen darf, wogegen *actio huius legis* in Ga. III 212 gar nicht hierher gehört. — Auch der von Gaius als zweiter angegebene äusserliche Grund, dass die *actiones legis actiones* benannt wurden wegen ihrer äusseren Uebereinstimmung mit ihren Quellen, will weder sprachlich noch sachlich ganz befriedigen. Jedenfalls müssten dann die *legis actiones* in einen passenden Gegensatz zu anderen Arten von *actiones* gestellt werden, in einen passenderen als Gaius bei seiner ersten Erklärung im Auge hat; denn in alter Zeit waren die Klagformeln durchweg *legum verbis accommodatae*. Nimmt man *actiones* im ge-bräuchlichen Sinn von Formeln überhaupt, dann lässt sich

schwer von *legis actio* reden, wenn die Formel nicht des Gesetzes ist d. h. im Gesetz steht. Auch würde der Plural solcher *legis actio* (der zweiten Gajanischen Erklärung) wohl *legum actiones* zu lauten haben, entsprechend einem Singular *actio legis Publiliae, Furiae* u. s. w., es sei denn mit *lex* schlechthin die *lex XII tabularum* gemeint und der Ausdruck *legis actio* vor der Erscheinung anderer *leges* gebildet.

Mehr sprach- und sachgemäss wird der Hergang folgendermassen gedacht. Das componirte Substantiv *legis actio* ist nicht blos nach, sondern lange nach der ursprünglichen verbalen Bildung *lege agere* in Gebrauch gekommen. *Lege agere* kann kaum etwas Anderes bedeuten als Handeln, Verfahren, nach Gesetz oder Recht, vorzüglich vor der dasselbe vertretenden Gerichtsobrigkeit. (vgl. *lege Aquilia agere* z. B. 23 § 9 D 9, 2; ferner *qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure* 3 D 1, 14; Cic. in Caecil. 5 vv. *lege agi* und *ex lege repeto*, cf. 1 D 13, 2 und vgl. etwa noch die von Bekker, Zeitschr. f. Rechtsgesch. V S. 343 aus Cicero beigebrachten Stellen.) Dieses Handeln nach Gesetz oder Recht, soweit es Sprechen war, erwies sich aber dereinst als solches durch äussere Uebereinstimmung mit dem Gesetz; es war ein Handeln mit dem Gesetz. Unrömisch erscheint mir die Auffassung, dass beim *lege agere* das Gesetz selber in Frage gestellt sei, um das Gesetz gestritten werde. Jhering, Kampf um's Recht I A. S. 62. Das *lege agere* obigen Sinnes — wozu noch vgl. *lege quid peragitur* Varro, L. L. VI 30 und *vi agis mecum* Plaut. Rud. III 4, 28 — stand als solches im Gegensatz zu allem übrigen *agere*, auch zum Abschliessen von Rechtsgeschäften, wofern dieses mit *agere* gemeint sein konnte. Varro l. c. VI 41. 42. Festus s. v. *agere* und Voigt, Jus naturale III S. 19 N. 3. Ein *lege agere* ohne äussere Bezugnahme auf die *lex* wäre kein *lege agere*. Eine solche Bezugnahme aber fand beim Abschliessen von Rechtsgeschäften nicht Statt, weil

kein Grund dazu vorhanden war. s. Jhering, Geist d. r. R. II 2. A. S. 615/16. — Sollte nun das von und nach *lege agere* gebildete Compositum *legis actio* schon der älteren Zeit und nicht, wie ich glaube, späterer wissenschaftlicher Reflexion angehört haben, so würde *legis actio* Gesetz- oder Rechtshandel bedeutet haben, so dass es dem *iuris actio* bei Gell. XX 1, 30 gleichgekommen wäre. Davon, dass unter *legis actiones* jemals Geschäftsformeln verstanden wurden, wie Voigt Jus naturale IV 2 S. 155 annimmt, habe ich kein Zeugniß gefunden; von der in iure cessio weiss Gaius (II 24) nur zu sagen: *idque legis actio vocatur*, und auch Vat. 49 kann nicht in Frage kommen, mochte immerhin schon ehemals das in iure cedere zum *lege agere* gehört haben. Voigt setzt a. a. O. unter Anderem als feststehend voraus, dass *legis actiones* ein Ausdruck der ältesten Zeit ist. Mag auch *actiones* zum ältesten Wortschatz zählen, so spricht doch Manches dafür, dass *legis actiones* eine neuere Bildung ist; danach könnte Gaius' Bericht *actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur* sich leicht als anachronistisch ergeben. So oft auch bei Plautus des *Legisactionenprocesses* gedacht wird und *lege agere* vorkommt, *legis actio* lässt sich nicht bei ihm finden; vgl. die bei Bekker, Aktionen I S. 90 N. 25 citirten Stellen nebst Trinum. V 2, 22. Nimmt man wie Viele thun an, dass das Werk *Tripertita* des Aelius ein Buch von drei Theilen verschiedenen Inhalts gewesen sei, dann kann Pomponius 2 § 38 D 1, 2 mit *deinde subtextitur legis actio* nur den Inhalt oder auch die Ueberschrift des dritten Theils angegeben haben. Diese lautete dann *legis actio* und nicht *legis actiones*, während doch eine Mehrzahl folgte. *Legis actio* würde hier bedeutet haben »das *lege agere*«, also das substantivirte *lege agere* des oben bezeichneten Sinnes, den Civilprocess, freilich nicht als systematische Darstellung des Verfahrens; sondern als Sammlung der Processformeln. Was von Plautus gesagt

worten ist, scheint mir ebenso noch von Cicero zu gelten: jedoch hat dasselbe Argument hier noch größeres Gewicht. So oft auch Cicero vom Legisactionenprocess spricht und daraufhin *agere* und *lege agere* sagt, nirgends finde ich bei ihm den Ausdruck *legis actio* oder *legis actiones*, an dessen Statt vielmehr immer *actiones* schreiben. Nach Lesen und andern, vereinzelt Beobachtungen wird wohl anzunehmen sein, dass der Ausdruck *legis actiones* nicht dem Zeitalter der Republik entstammt, sondern späteren Ursprungs ist, dass also der Name einer Zeit angehört, in der die Sache ihre praktische Wichtigkeit fast eingebüßt hatte. Als man später, in der Blüthezeit der zu magistratischen Richterinstructionen redigiren und im Edict verzeichneten *actiones*, die zum Theil auch der Substanz nach magistratischer Herkunft waren, auf die Vergangenheit zurückblickend die Klagen von rein legitimer Herkunft, die sich durch den Gesetzestext legitimiren, zu unterscheiden hatte: da dachte man sich bei dem neugebildeten Wort *legis actiones* die *actiones* des *lege agere* d. h. die Mittel des alten *lege agere*. Zwar erläutert Pomponius (2 § 6 D 1. 2 *legis actiones* durch *legitimae actiones*, allein wenn man voraussetzt, dass die Erläuterung sich auf dieses Wort als schon in alter Zeit geltendes bezieht, dann ist sie gleich Gaius' erster Erklärung unpassend. Und nimmt man, wie hier geschehen, an, dass *legis actiones* ein neuerer Ausdruck ist für Etwas, das dereinst schlechthin *actiones* hieß, dann zeigt die Erläuterung, dass der neue Ausdruck erläuterungsbedürftig d. h. Name und entsprechender Begriff aus *lege agere* gebildet und abgeleitet ist; und ferner entsteht die Frage, warum wenn (was zu bestreiten) *legitimae actiones* den wahren Sinn repräsentirt, dieser Ausdruck nicht gewählt worden ist. — Sollte jedoch *legis actio* in einem andern Sinn, nämlich als substantivirtes *lege agere* schon in alter Zeit bestanden haben, dann würde man das Andenken

an diese Geltung erhalten finden können in der Redeweise *magistratus apud quem legis actio est* (und ähnlichen), nur dass das hier substantivirte *lege agere*, von dessen Zuständigkeit die Rede ist, nicht entfernt mehr den ganzen gesetzlichen Rechtshandel umfasst. Auch in der Verwendung von *legis actio* für *modus lege agendi* wird man eher eine Substantivirung von *lege agere*, als eine Specificirung von *actio* zu sehen haben. Wenn aber endlich bei Gaius (vgl. IV 11 mit 19 und 29) eine gewisse Inconstanz des Sprachgebrauchs zu bemerken ist, so spricht dies mit für die obige Annahme von der relativen Jugend des Ausdrucks *legis actio*.

§ 7. Theilt man — unbekümmert um Stein's (Gegenwart und Zukunft d. Staats- u. Rechtswissenschaft . . S. 83. 84) entgegen- aber in der Luft stehende Behauptungen — die Ansicht von der Mangelhaftigkeit und Unausgebildetheit der römischen Rechtsgeschichte der römischen Juristen, so muss man sich doch hüten, daraus den römischen Juristen einen Vorwurf zu machen. Man ist davor behütet, wenn man bedenkt, dass das, was man für diese Seite der römischen Geschichte anzunehmen besondere Gründe hat und durch eine eigene Erklärung zu rechtfertigen vermag, nur eine specielle Wiederholung dessen ist, was hinsichtlich anderer Seiten derselben Geschichte, vorzüglich der politischen, zu den verbreiteten Lehren gehört. Und nicht erst das Geschick für die fragliche Gattung geistiger Thätigkeit pflegt die herrschende Meinung den Römern abzusprechen, ihnen besonders historische Akrisie nachzusagen. »Vielleicht, so äussert sich z. B. Schwegler (röm. Geschichte I S. 45), ist es ein psychologisches Naturgesetz, dass eminent praktische Völker, Völker, deren ganzes Sinnen und Trachten in der Gegenwart aufgeht, ohne historischen Sinn und ohne Interesse für objectiv historische Forschung sind.«

Die römischen Juristen waren vor Allem Juristen und

darum dem geltenden Recht ergeben. »Auch in Rom, sagt Feuerbach, Kleine Schriften S. 136, waren es nicht Theoretiker, am wenigsten historische Rechtsgelehrte im Sinne einer deutschen Schule, sondern vom Geist der Philosophie beseelte, mit scharfem Weltverstand gerüstete, an den Brüsten der Erfahrung genährte, in der Uebung des thätigen Lebens gewandte Staats- und Geschäftsmänner, welche den Bau ausführt. . .« Und wenige Seiten nachher in demselben Aufsatz, der eine geistvolle Widerlegung des positiv-praktischen Theils von Savignys Schrift »Vom Beruf . . .« bildet, heisst es: »der römische Rechtsgelehrte sass bekanntlich nicht als Geschichts- und Alterthumsforscher hinter alten Denkmälern und Manuscripten, sondern auf dem Marktplatz, oder zu Haus unter den Clienten, oder auf dem Gerichtsstuhl oder in dessen Nähe; sein Wissen war Erkenntniss aus dem Buche des bürgerlichen Lebens, und er hatte weit weniger zu lesen und zu lernen, als zu beobachten, zu denken, zu urtheilen und zu schliessen.« Es waren nicht die allgemeinen Umstände d. h. ein allgemein anerkanntes wissenschaftliches Erforderniss, es war eine besondere Aufgabe, Angesichts welcher Pomponius schrieb: *Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare.* Die gemeine und gemeinhin befolgte Auffassung hingegen offenbart sich in den Worten, mit denen ohne Widerspruch seiner Zuhörer der Rechtsgelehrte bei Gellius (XVI, 10, 8) sein Berufsprästandum definirt, indem Entschlafenes zu kennen ihm nicht obliege: *studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque earum, quibus utimur.* Vermochten nun die römischen Juristen ihr Recht zu verstehen, zu pflegen und fortzubilden ohne tief und weitgreifendes Eindringen in dessen Entwicklung und Vergangenheit, dann können sie als Juristen nicht beschuldigt werden, Etwas versäumt zu haben.

Zwei Consequenzen der bisherigen Betrachtungen stellen

sich ein. Liegt die Stärke der römischen Juristen thatsächlich wie begrifflich nicht in der Historie, so sind ihre historischen Angaben, sind sie selbst, insofern sie als Historiker auftreten, aus einem anderen Gesichtspunkt zu beurtheilen, mit einem anderen Massstab zu messen, als insofern sie Juristen sind. Auf jenem ihnen fern liegenden Felde haben wir ebenso »Unterwerfung des Geistes und Urtheils unter den überlieferten geschriebenen Buchstaben« (Niebuhr) zu meiden, wie dies bei anderen Theilen der römischen Geschichte längst der Fall zu sein pflegt.

Des Weiteren zeigen uns die Römer, dass die Bearbeitung und Kenntniss der Geschichte eines Rechts nicht unter allen Umständen, sicherlich nicht unter allen Umständen in gleichem Masse Vorbedingung oder nur Hilfsmittel für die Kenntniss und Pflege eines Rechts ist. Zwischen Geschichte und Dogmatik besteht kein von der Beschaffenheit der Quellen und des Stoffes unabhängiger, stets gleich nöthiger und gleich weit reichender Zusammenhang. Daraus folgt aber, dass der Betrieb der Rechtsgeschichte durch das Bedürfniss, das geltende Recht verständlich zu machen, nicht schlechthin begründet werden kann.

Das gemeine deutsche Recht einheimischen und fremden Ursprungs mit seinen meist in ferner Vergangenheit liegenden Quellen, denen Quelleneigenschaft und Ansehen oft erst von Juristen oder von Solchen verliehen war, die über sich zu sehen die Theoretiker sich nicht verbunden glaubten, wie vielfachen Anlass und Grund bot es, seine Entwicklung möglichst weit zurück zu verfolgen, zumal wenn nur mit diesem Mittel Verständniss für das je Spätere und Bestimmung des Anwendung Verdienenden zu erlangen war. Savigny, in der Schrift »Vom Beruf...« (1814) charakterisirte die historische Methode durch den Grundsatz, jeden Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen. In seinen Augen aber, damals war schon das

land der Rechtsgeschichte im Verhältniss zur Rechtswissenschaft überhaupt d. h. vom Standpunkt derselben öfters eine unverhältnissmässige Wichtigkeit beigemessen und Mancher uneingedenk der Römer sich gewöhnt hat Stand und Rang einer Rechtswissenschaft nach der Gründlichkeit, Reichhaltigkeit und Zuverlässigkeit ihrer rechtsgeschichtlichen Forschungen zu bestimmen. Daher kommt es auch, dass Mancher mit Rücksicht auf letztere die deutsche Jurisprudenz über die anderer Länder erhaben glaubt, während doch die Höhe einer Rechtswissenschaft sich zeigen muss zunächst und vornehmlich in der Rechtspflege, an der Rechtmässigkeit oder juristischen Wahrheit der gerichtlichen Urtheile (ihrer Uebereinstimmung mit dem positiven Recht), ferner an derjenigen Literatur, welche die Rechtsprechung unmittelbar beeinflusst, d. h. der von Brinz in Schletters Jahrbüchern I S. 7 ff. (1855) beherzigenswerth definirten und empfohlenen casuistischen Jurisprudenz und endlich an den Leistungen im Interesse künftiger Rechtsverbesserung, da *de lege ferenda* zu sinnen in erster Linie der Jurist, der Kenner der *lex lata*, berufen ist. Mit diesem letzten Interesse lässt sich wiederum die Erforschung der Geschichte des Rechts, nicht allein des Privatrechts, in fruchtbare Verbindung setzen; es sind dann nicht blos Kenntnisse, sondern auch Erfahrungen zu verwerthen.

§ 8. Die geschichtliche Ansicht des Rechts, welche der geschichtlichen Rechtswissenschaft eigen ist, liefert, wie gesagt (§ 1) zwar den Anlass zur Rechtsgeschichte, lässt aber für die Bestimmung von Ziel und Zweck der letzteren Spielraum frei. Ebenso ist ferner mit der geschichtlichen Rechtswissenschaft noch Nichts über die Art bestimmt, wie die Rechtsgeschichte zu betreiben d. h. zu erforschen sei, Nichts bestimmt über den Weg, den die Forschung einzuschlagen habe, um rechtsgeschichtliche Erkenntnisse, seien es Wahrheiten, Wahrscheinlichkeiten oder nur Möglichkeiten, zu gewinnen. Man kann vielmehr unabhängig von jedem Anlass

und Antrieb, auch unabhängig von dieser oder jener Anschauung des Rechts, ja selbst unabhängig von einem gesetzten Zweck der Rechtsgeschichte — man kann, meine ich, nicht umhin, für die Rechtsgeschichtsforschung die Verfahrensart anzuerkennen und in Anspruch zu nehmen, welche ihr als Species, Theil oder Zweig der Geschichtsforschung zukommen muss. »Das Naturrecht, sagt Hugo im civilistischen Magazin I S. 8, muss man philosophisch, und die Rechtsgeschichte historisch behandeln.« Jene Verfahrensart besteht vor Allem in einer besonderen Weise der Quellenbenutzung. Dieselbe hängt mit der besonderen, noch zu bestimmenden Stellung zusammen, welche der Historiker zu den Quellen seiner Erkenntniss einnimmt, oder mit der Aufgabe, welche sie ihm lösen helfen sollen. Unter diesen Quellen sind, da nur an Geschichte schlechthin oder Menschengeschichte, nicht an Erd- oder Pflanzengeschichte, auch nicht an die Schicksale des Menschen als blossen Naturbestandtheils zu denken ist, nur Erkenntnisquellen zu verstehen, welche Menschenwerk sind.

Der Rechtshistoriker als solcher nimmt jene Stellung des Historikers ein. In derselben trachtet er nicht blos danach, sich die von der Quelle dargebotene Erkenntniss zu verschaffen d. i. die Quelle zu verstehen, und nicht blos danach ihre Aechtheit festzustellen d. h. festzustellen, ob und wie weit sie das sei — also ob sie ganz das sei, und ob sie das ganz sei (fremde Einschiebsel und Lücken) — wofür sie ausgegeben wird oder sich ausgibt: sondern eigenthümlicherweise auch danach festzustellen, ob und wie weit die dargebotene Erkenntniss, der Inhalt wahr oder richtig sei d. h. ob und wie weit das Erkannte wirklich geschehen, insonderheit wirklich Recht geworden sei. Die beiden ersten Functionen oder Untersuchungen sind dem Historiker nicht eigenthümlich, sondern mit dem Dogmatiker gemein. Auch der Dogmatiker, wenn er seiner Aufgabe gemäss zu erfassen

und systematisch zu ordnen geht was Rechtens ist, fragt bei der Quellenbenutzung — und nur in Ansehung dieses Geschäfts wird er hier mit dem Historiker verglichen — was ihm seine Quelle darbiere und ob die Quelle ächt sei. Hat er aber Jenes (durch Auslegung) eingesehen und ist ihm Dieses gewiss geworden, dann ist ihm als Dogmatiker die erkannte Rechtsbestimmung verwendbar und unantastbar. Dem Rechtshistoriker als solchem dagegen liegt nach jenen beiden Prüfungen erst noch die historische Kritik ob.

Die Stellung der Frage, ob Etwas Recht geworden sei und danach möglicherweise auch Recht sei, liegt dem Dogmatiker, welcher als solcher das zu bearbeiten und zu verwenden hat, was Recht ist, gänzlich fern. Nach ihrer vom Historiker gegebenen Bejahung kann allererst der Beruf des Dogmatikers geübt werden. In dieser Auffassung wird Niemanden beirren, dass dieselbe Person, welche im seienden Recht thätig zu werden berufen ist, in die Lage kommen kann, vor Beginn dieser ihrer Thätigkeit erst zu ermitteln, ob Etwas seiendes Recht d. h. schlechthin Recht sei, somit eine historische Prüfung anzustellen. Ein Steuerbeamter, welcher Kleefelder zu besteuern hat, ist noch nicht Steuerbeamter, insofern er die Frage aufwirft und beantwortet, ob ein gewisses mit Pflanzen bewachsenes Feld ein Kleefeld sei; insofern er diese Frage beantwortet, ist oder verfährt er als Botaniker. Auch Wer das seiende Recht zu literarischer oder praktischer Verwendung erkennen will, wenn er von Müller und Schulze vernommen hat, was bei ihnen durch Gewohnheit Recht sei und sich vergewissert hat, dass seine Quelle ächt sei, also etwa Müller und Schulze, wofür sie sich ausgeben, Angehörige des Kreises sind, in welchem angeblich jene Gewohnheit herrscht: der hat, soll die erlangte Erkenntniss von dogmatischer Brauchbarkeit sein, zuvor noch festzustellen, ob der ihm zugeführte Bericht wahr sei,

also zu untersuchen, ob das von ihm Erkannte wirklich Recht geworden sei. Insofern er aber diese Untersuchung führt, ist er Rechtshistoriker.

Es kann auch andererseits keinen Einwand wider die angegebene principielle Verschiedenheit von dogmatischer und historischer Quellenbenutzung abgeben, dass die unterscheidende historische Kritik unter Umständen gegenstandlos ist. Gesetzt Juristen, welche sich in fünfhundert Jahren mit Rechtsgeschichte beschäftigen, befinden sich unserem »Strafgesetzbuch für das deutsche Reich« als Quelle gegenüber. Ist ihr Inhalt erkannt und ihre Aechtheit ausser Zweifel gestellt, dann ist die Frage nach ihrer Wahrheit, also ob das Erkannte wirklich Rechtens geworden und gewesen sei, erledigt, schon beantwortet oder gar nicht mehr aufzuwerfen. Dies spricht aber nicht dagegen, dass dem Rechtshistoriker solche Fragestellung grundsätzlich zukommt und obliegt, sondern kommt daher, dass in dem angeführten Beispiel (wie in manchen anderen Fällen) der durch die Forschung nach der Aechtheit ermittelte Urheber der Quelle (versteht sich nicht ihr Schreiber oder Drucker) ohne Weiteres für die historische Wahrheit ihres Inhalts bürgt. Und dies ist immer dann der Fall, wenn der Urheber der Quelle zugleich der Schöpfer des durch sie bezeugten Rechtszustandes ist.

Gewiss will auch Amira, wo er sagt, dass »der Rechtsgelehrte, indem er das System des geltenden Rechts erforscht und darstellt, eigentlich Historiker« sei (a. a. O. S. 12), den bedeutenden Unterschied in der Stellung und im Verfahren des Historikers und des Dogmatikers gegenüber den Quellen nicht in Abrede ziehen oder unterschätzt wissen. Er kommt zu jener Auffassung, indem er alles endlich und menschlich Seiende, so auch das Recht als geworden, mithin als geschichtlich ansieht. Unläugbar ist alles Seiende als seiend Gewordenes. Wäre es genug für den Historiker, dass er sich

mit Gewordenem beschäftigt, dann wären wohl alle Wissenschaftsforscher Historiker, wäre fast alle wissenschaftliche Thätigkeit eine historische. Auch der Astronom, der im Weltall forscht, Grösse, Beschaffenheit und Bahnen der Sonnen und Planeten aufsucht, arbeitet im Felde des Gewordenen, Copernicus' Entdeckung wäre eine historische. Auch der Typhus, an dem N. leidet und welchen der Arzt B. behandelt, ist geworden. So lange Letzterer nur den vorliegenden Stand der Krankheit zu erkennen strebt und auf die Mittel zu ihrer Hebung sinnt, ist er nicht Historiker. Dies ist er erst dann, wann er sich mit dem beschäftigt, was geschehen ist, was man die Krankengeschichte nennt.

Den Historiker geht das Werden an, den Dogmatiker das Sein. Das Werden lässt sich nur ermitteln durch Ermittlung und Verbindung des Gewordenen. Den Historiker aber macht, dass er sich dem Gewordenen als Gewordenem — zunächst einerlei, ob es noch seiend, oder schon gewesen ist — hingibt, also nach der Wahrheit oder Thatsächlichkeit, der Zeit, der Ursache und der Modalität des Gewordenseins forscht. Die Geschichte widmet sich nur Vergangenen: das Gewordensein ist ja vergangen. Allein das Gewordene braucht nicht wieder aufgehört zu haben, was geworden ist, muss nicht auch gewesen sein. Wer der Geschichte die Grenzen nicht enger zieht muss widersprechen, wenn Feuerbach sagt: »Was der Geschichte angehört, ist schon dem Leben abgestorben.« Insofern z. B. Wuttke, die deutschen Zeitschriften, nur die lebendige Gegenwart schildert, schreibt er nicht Geschichte, gibt er Statistik, die Geschichtsquelle wird. Insofern er aber angibt, wie diese noch lebendige Gegenwart geworden ist, ist er Geschichtschreiber. Von einer »Geschichte der Gegenwart« als Darstellung des Werdeprocesses des Heute auslaufend in die Schilderung des Heute lässt sich hiernach mit gutem Fug reden.

Einen Gegensatz zum Sein bildet nicht blos das Werden,

sondern auch das Gewesene. Das Seiende kann nicht bloß als erstreckter Stand, als Etwas sein, es kann auch als Gegenwärtiges in Betracht kommen. Nicht nur das Was, auch das Wann, das Zeitverhältnis ist für die Bestimmung der Geschichtsaufgabe mangelnd geworden. Indem man den Historiker aus dem Felde des Seins und des Seienden verwies, ist es allgemein üblich geworden, ihm zugleich die Befassung mit dem, was gewesen ist, eigenthümlich anzuweisen, ihn sogar darauf zu beschränken. Diese Auffassung liegt dem angezogenen Feuerbach'schen Urtheil zu Grunde. Ihr zufolge wird, was heute statistisches Material ist, durch Zeitablauf Geschichtsquelle. In ihr befangen hat Rühl im Vorwort zu Raumer's *histor. Taschenbuch* (1877) eine »Geschichte der Gegenwart« logisch streng für einen Widerspruch in sich erklären zu müssen geglaubt. Sie tritt im Sprachgebrauch der Juristen zu Tage, wenn Daten, welche keinen praktischen Belang mehr haben, darum als der Geschichte angehörig bezeichnet werden; und was sich auch für die Möglichkeit eines Systems des römischen Privatrechts am Ausgang der Republik sagen ließe, welches lediglich den damals erreichten Stand darlegen würde: die herrschende und nicht verwerfliche Anschauungsart würde in der Ausführung nichts Anderes als ein Geschichtswerk sehen. Diese Auffassung bringt es endlich mit sich, dass nach der vom Historiker gegebenen Feststellung, dass Etwas Recht geworden sei, der Dogmatiker nur dann berufen ist, wenn die Rechtsgeschichte kein Datum aufweist, welches jenes Etwas dem Präteritum oder Gewesenen zugesellt hat.

Es wäre einseitig, zum Mindesten sprachwidrig, das gewesene Recht als solches nicht mehr als »Recht« gelten zu lassen, da wir doch die Erzeugnisse auch eines untergegangenen Kunstgeschmacks, welche unseren Augen unschön und unkünstlerisch erscheinen, als »Kunst« einer vergangenen Zeit anerkennen. Wohl aber müssen wir in der Arbeit dessen, der

gewesenem Recht nachgeht, und derjenigen, welche dem zwar gewordenen, jedoch seienden Recht gewidmet ist, einen Unterschied erkennen, gross genug, um den Rechtsgelehrten, der das System des geltenden Rechts erforscht und darstellt, nicht »eigentlich« als Historiker anzusehen. Von einem anderen Standpunkt, als von welchem das Gewordensein des Rechts massgebend ist, lässt sich die Arbeit am geltenden Recht als historische Arbeit auffassen. Wer, wie Lasalle im System der erworbenen Rechte thut, in den juristischen Kategorien nicht »logische, ewige,« sondern »Kategorien des historischen Geistes« erblickt, der könnte alle diesem positiven Stoffe zugewandte wissenschaftliche Thätigkeit als historische betrachten. Einem Solchen würde die Gegenwärtigkeit der jenen juristischen Kategorien zu Grunde liegenden und dieselben bedingenden historischen Zustände theoretisch von untergeordneter Bedeutung sein, wenn er erwägt, dass sie, in unmerklichem Vorübergehen begriffen, nur weil er selbst schon jetzt lebt, ihm noch nicht einer merklichen Vergangenheit anzugehören scheinen.

§ 9. Von der Verschiedenheit ihrer Aufgaben hängt die Verschiedenheit der Stellungen des Historikers und des Dogmatikers zu den Quellen und davon wieder die Verschiedenheit der Benutzungsweisen ab. Wer wie der Dogmatiker nicht im Fall ist zu fragen, ob Etwas Rechtens sei d. i. geworden sei, welche historische Frage den Historiker angeht, der kann auch seiner Quelle nicht mit einer Kritik zu nahe treten, welche die Wahrheit ihres Inhalts in Frage stellt. Dem Dogmatiker ist die Quelle Gesetz, dem Historiker dagegen Geschichtsquelle. In 3 C 11, 30 z. B. heisst es: *Rem publicam ut pupillam extra ordinem iuvare moris est*. Daraufhin sagt der Dogmatiker: »Gleich den Minderjährigen ist gesetzlich auch den Gemeinden ein Restitutionsanspruch beigelegt worden.« Arndts, Pandekten, § 119. Der Historiker lässt sich von der Quelle bezeugen, dass der ausserordent-

liche Rechtsschutz der Gemeinden zur Zeit der Abfassung der Quelle in (massgebender) Uebung gewesen ist.

Dem Dogmatiker sind die Stellen der justinianischen Digesten oder des justinianischen Codex (soweit sie ihn angehen) Theile eines Gesetzbuchs, justinianische *leges*, dem Historiker dagegen Fragmente von Juristenschriften oder Constitutionen römischer Kaiser. Der »Sprachgebrauch, jede Stelle in den Pandecten oder im Codex eine *lex* zu nennen«, wird von Hugo sehr getadelt, allein hierbei urtheilt lediglich der Historiker. vgl. Civilistisches Magazin IV 92 und 226. Justinian selbst wendet auf sein Buch und dessen Bestandtheile den Ausdruck *leges* an, wie sich aus folgenden Stellen ergibt: *leges nostrae, eadem, hae leges* (prooem. J. 7; const. Tanta 20*, 21, 22, 23, 24; Deo auctore 7), *legum interpretatio* (Omnem rei publicae 8; Tanta 21), *geminæ leges pro rebus singulis positæ* (Tanta pr.), *hasce itaque leges et adorate* (Tanta 19), *leges optimas ponere* und *legesque in posterum habeant* (Tanta 12), *legum compositio* und *legum singularium dispositio* (Tanta 13; Omnem 4), *prima pars legum* (Omnem 2) und noch besonders *ita lex necessaria erat* (Tanta 13) und *unusquisque eorum qui auctor legis fuit, nostris digestis inscriptus est* (Tanta 10), *hoc ponere legis vicem optinens non moremini* (Deo 6). Diese Ausdrucksweise, wie dass Justinian von *cupida legum inventus*, von *legum scientia, eruditio, argumenta, scita, laquei, caput, cunabula* und *vestibula* (prooem. J.; Tanta 11, 18, 23), von *legum forma, doctrina, professor, doctor, auditor, orator* (Tanta 11, 22 i. f.; Omnem 2, 10, 11; Cordi 2), von *leges docere* und *tradere* (Omnem 7; Tanta 9), von *repetitio a legibus data* (10 p C 4, 5) spricht, und dass er, das von ihm vorgefundene Recht meinend, sagt *legum multitudo, penuria, veritas, trames* (Omnem 1, 2; Tanta 10, 12; Deo auctore 1), *confusio legum* (Omnem 2), *leges antiquæ* und *veteres* (Tanta p. 11

C 8, 4. 1 C 7, 25), *legibus dicta* und *canta* (Tanta 5, 7^a; Omnem 4), *in legibus eorum* (Tanta 10), *leges eius* (sc. Papiniani) *accipiebant* (Omnem 4), *leges positae, collectae* (Tanta 17), *Julianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor* (Tanta 18), dass er die Digestenjuristen *legislatores* nennt (Tanta 20) und *antiqui prudentes* erwähnt, *quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt* (Deo 4): Alles dies möchte wohl von Hugo mit schon vor Justinian geschehener Veränderung des Sprachgebrauchs von *lex*, mit Verweisung auf halbgriechisches Latein erklärt werden. Es könnte jedoch auch sein, dass dieselben Dinge nicht bloß anders als ehemals benannt worden sind, dass vielmehr auch ihre Auffassung eine andere geworden ist, so dass sich die andere Ausdrucksweise als entsprechend einstellt. Wenn die Rechtsproduction nur Legislation war und auch die Interpretation des Vorhandenen zuletzt bei der Legislative stand (vgl. 12 C 1, 14), mochte wer nicht so gründlich als loyal dachte über rechtshistorische Unterschiede hinwegsehen, sich insbesondere daran halten, dass die Gesetzeskraft der gangbaren Juristenschriften von kaiserlicher Majestät verliehen war. Jedenfalls ist die fragliche Ausdrucksweise im Munde eines Monarchen wohl begreiflich. vgl. auch 1 p D 29, 1 vv. *ad diligentiam legum*. Justinian seinerseits sieht nicht mit den Augen des Historikers, vor welchem die Quellen der Rechtssätze erscheinen und verschieden sind, oder des bescheidenen Sammlers, sondern des Gesetzgebers; verbindliche Satzungen sind sein Gegenstand, wie für den Dogmatiker; gleich diesem arbeitet er mit Gesetzen, mit *leges*. Dass nicht bloß eine Aenderung des Sprachgebrauchs gegeben sei, lässt sich wohl daraus entnehmen, dass der angeführte neuere nicht der allein herrschende ist, wie einmal sich ergibt aus den Wendungen *iuris peritus, peritia, interpres, emendatio iuris, Romani iuris dispositio* (Tanta 9, 11, 12, 21) *vetus ius*,

ius antiquum, enucleatum (Cordi 1, Deo 11, 4 § 3 C 6, 28 u. a.) und ferner sich zeigt in der bei rechtsgeschichtlichen Erörterungen sichtbaren Geltung der früheren Ausdrucksweise, s. 3 sqq. J 1, 2. Mehr Gewicht hat noch Folgendes. Justinian erklärt wiederholt ausdrücklich, dass er selbst als Urheber auch der einzelnen Stücke seiner Digesten, wie seiner Institutionen angesehen sein will, und dass dieselben als seine Constitutionen oder Gesetze gelten sollen. Deo auctore 6: . . ut omnes qui relati fuerint in hunc codicem prudentissimi viri habeant auctoritatem tam, quasi et eorum studia ex principalibus constitutionibus profecta et a nostro divino fuerant ore profusa. Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur auctoritas. 7: sanctionem . . totam nostram esse volumus. Tanta 10: ut quidquid ibi (sc. in Digestis) scriptum est, hoc nostrum appareat; 11: praedictos libros (sc. Institutionum) constitutionum vicem habere iussimus; Tanta 20: cum enim constitutionum vicem et has leges (die Pandectenfragmente) optinere censuimus quasi ex nobis promulgatas. Dass Justinian die von ihm verbindlich gemachten Satzungen *leges* nennt, und dass dem Dogmatiker als solchem die für ihn verbindlichen Satzungen justinianische *leges* sind, ist danach wohl gerechtfertigt. Fasst Letzterer auch die nichtjustinianischen Codexconstitutionen als justinianische *leges* auf, so kann er, wenn es dessen für den Ausdruck *leges* bedarf, sich auf Justinian's Worte berufen: certas et brevi sermone conscriptas . . leges componere (Haec quae necessario 2). Die dogmatische Auffassung derselben als justinianischer *leges* gründet sich auf Justinian's Bestimmung, wonach ihnen Authenticität und Autorität, also Rechtsquelleneigenschaft nur beiwohnt, als Bestandtheilen seines Gesetzbuchs. vgl. Summa rei publicae 3; Cordi 4 und 5.

§ 10. Die erwähnte Behandlung der Rechtsquellen als Geschichtsquellen greift Platz einmal bei der vielfach und mit

Beifall unternommenen Darlegung dieser oder jener »historischen« Entwicklung — selbst innerhalb des Ganzen der von Justinian geschaffenen Rechtsbücher — und ferner bei der »historischen« Vereinigung von sich widersprechenden Stellen desselben. Bei beiden historischen Thätigkeiten wird nicht davon ausgegangen, dass die fraglichen connexen, und beziehungsweise die sich widersprechenden Stellen ächte, klare, gleichberechtigte Theile eines Gesetzbuchs, und (jede für sich betrachtet) Geltung verlangende Gesetzbestimmungen sind. Vielmehr wird, wie es der Geschichtsquelle gemäss ist, die Möglichkeit hervorgehoben, dass jeder Stelle nur relative d. h. nur für die Person und Zeit (nicht leicht auch den Ort) ihres Urhebers gültige Wahrheit innewohne. Und dies geschieht zunächst mit Verwendung der historischen Thatsache, dass die Stelle von diesem und jenem Gewährsmann, z. B. römischen Juristen, nicht aber von dem einen Gesetzgeber Justinian herrührt, wovon der Dogmatiker ausgeht. Der Dogmatiker als solcher sagt, dass in dem Gesetzbuch ein Widerspruch sei, der Historiker als solcher, dass z. B. Paulus mit Julianus im Widerspruch, oder doch nicht in Uebereinstimmung sei. Zur historischen Verwerthung jener Thatsache hebt der Rechtshistoriker geeigneten Falls noch die weitere hervor, dass z. B. nicht alle Pandectenjuristen gleichzeitig gelebt haben. Darnach muss nicht die Differenz zwischen Juristen verschiedener Zeitalter auf Widerspruch des älteren gegen die schon in seinen Tagen vorhandene Meinung des jüngeren zurückgeführt werden, es kann vielmehr die Meinung des älteren im Verhältniss zu der des jüngeren auch eine frühere Stufe der Entwicklung, somit Epoche einer Dogmengeschichte sein. Was von dem Verhältniss eines Schriftstellers zu einem anderen gesagt worden ist, lässt sich analog auch auf verschiedene Aeusserungen eines und desselben Schriftstellers anwenden, welche verschiedenen Zeiten angehören.

Des Weiteren wird die Behandlung von Rechtsquellen als Geschichtsquellen bethätigt durch die Bemühungen das Bild des classischen römischen Rechts unter der literarischen Gestalt, welche dies Recht in Justinians Digesten erhalten hat, wieder zu erkennen, oder wieder herzustellen, durch die sogenannte duplex interpretatio. Dies Bestreben kann einmal dem Historiker einen andern Sinn der Urkunde ergeben, als sie für den Dogmatiker hat; vgl. z. B. Puchta, Pandekten § 228 aa, wo bemerkt ist, dass die in 38 D 3, 5. 7 § 4, 10 D 26, 7. 1 C 5, 56 erwähnten *maximae* oder *legitimae usurae* ursprünglich zwölfprocentige Zinsen bedeuten, während sie im Sinn der justinianischen Legislation als sechsprocentige zu verstehen seien. Jenes Bestreben kann weiter zur Erkenntniss führen, dass der Wortlaut und damit oft auch der Sinn der Urkunde von späterer Hand verändert worden ist (z. B. *interpolationes* und *emblemata Triboniani*). Die Behandlung von Rechtsquellen als Geschichtsquellen liefert möglicherweise eine andere Antwort auf die Aechtheitsfrage, als der Dogmatiker erhält. Wann die Textkritik keinen Raum hat, oder erledigt ist, hat der Dogmatiker an jeder Digestenstelle das ächte Gesetzgeberwort Justinians, das nur noch ganz zu verstehen und, soweit möglich, zu benutzen ist. Für den Historiker dagegen bedarf es einer weiteren Untersuchung der Aechtheit, d. h. der Nachfrage, ob die Quelle das ist, wofür sie sich ausgibt oder ausgegeben wird, z. B. ob sie ganz das *ulpianische Excerpt* ist, auf das ihre »*Etiquette*« hinweist. Der Historiker bleibt nicht bei dem Wortlaut seiner Quelle stehen, er bedenkt, dass er an den Digesten eine Sammlung hat, deren Anfertigung Jahrhunderte später geschehen ist, als die Abfassung des Gesammelten. Statt nun aber in Anlehnung an den Wortlaut zu schliessen, dass die Rechtszustände zur Zeit der Abfassung der Theile die gewesen seien, welche deren justinianisch-ächter Wortlaut

ergibt, also zu schliessen, dass es in der classischen Zeit kein duplex dominium und kein mancipium, keinen cognitor und keinen adstipulator, keine mancipatio, fiducia und cretio und was sonst in den Excerpten fehlt, gegeben habe: hält sich der Rechtshistoriker an die Möglichkeit und operirt mit der Möglichkeit, dass der überlieferte Wortlaut nicht der urspüngliche sei, dass derselbe von der Hand der Compilatoren verändert worden sei. In einem solchen Fall verschafft, ergänzt oder bestätigt der Rechtshistoriker Kenntnisse mittelst der Kritik des Früheren und Späteren, des s. g. diakritischen Verfahrens (Droysen, Grundriss der Historik § 31). Er verwendet dabei die im Ganzen beglaubigte Thatsache, dass Absicht oder Tendenz eines späteren Zeitalters Urkunden eines früheren gefälscht, Wortlaut und Inhalt von Quellen verändert habe, deren Aechtheit in der überlieferten Gestalt von einem gewissen anderen Standpunkt keinem Zweifel unterliegt. Die Beglaubigung kann eine ausdrückliche sein, wie solche von Justinian geboten wird in c. Deo auctore 7; Omnem 3; Tanta 6^a, 6^b, 10; Haec quae necessario 2; Summa reipublicae 1, 3. Sie kann aber auch eine stillschweigende und doch zuverlässig und laut redende sein, wann jene Thatsache erschlossen wird aus der in anderer Gestalt und nicht durch den Fälscher erhaltenen Urkunde, oder aus ihr zeitlich nahe stehenden Zeugnissen.

§ 11. Am eingreifendsten findet die Behandlung von Rechtsquellen als Geschichtsquellen Statt, wann sie der historischen Kritik unterworfen werden, welche ausserhalb der Aufgabe des Dogmatikers liegt. Hier wird die Wahrheit des klaren Inhalts der ächten Quelle darum in Frage gestellt, weil möglicherweise Vorsatz oder Irrthum ihres Urhebers der Ueberlieferung des Wahren im Wege gestanden habe. Die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Annahme kann Niemand bestreiten, der des menschlichen Ursprungs der Quelle eingedenk ist.

Zur Bildung der Annahme einer Vorsätzlichkeit bei Mittheilung von Unwahrern, wo diese nicht durch Selbstbekenntniss oder fremde Angabe bezeugt ist, wird regelmässig voraussetzen sein die Möglichkeit, an der Wahrhaftigkeit oder Gewissenhaftigkeit des Referenten zu zweifeln und ferner der Nachweis eines zureichenden Motivs, Zwecks oder Interesses in seiner Person, z. B. des uneigennütigen »die Lücken der Tradition auszufüllen und eine zusammenhängende Geschichtserzählung herzustellen.« Schwegler, Röm. Geschichte I S. 530 vgl. 536. 44. 64. Zum Wesen der Fälschung gehört auch objective Falschheit, oder Unrichtigkeit. Jedoch statt nach den weiteren, sachlichen oder objectiven Erfordernissen für die Annahme einer absichtlichen Verfehlung wider die Wahrheit zu fragen — sei dieselbe Verkürzen d. i. Verschweigen, Zusetzen d. i. Erfinden, Färben oder Verdrehen — und statt bei den Uebergängen von der bewussten zur unbewussten Unwahrheit zu verweilen, wenden wir uns lieber gleich zum anderen Fall, in welchem der Urheber der Quelle eines Irrthums geziehen werden soll.

Wenn der Kritik gestattet sein soll sich auf einen Irrthum des Berichterstatters zu berufen, so wird sie regelmässig vor Allem wahrscheinlich zu machen haben, dass der Zustand, die Einrichtung oder Handlung, welche Jener schildert oder meldet, nicht in sein räumliches oder zeitliches Beobachtungsgebiet fällt. Hierdurch ist seine eigene Wahrnehmung, seine unmittelbare Bekanntschaft ausgeschlossen. In diesem Fall muss er auf mittelbare, also gewöhnlich minder eingehende Kenntnissnahme angewiesen gewesen sein. Hiermit ist aber, auch seinen besten Willen vorausgesetzt, die Zuverlässigkeit seiner Stofferhebung und der nachfolgenden Ueberlieferung leichter gefährdet, und es lässt sich eher denken, dass oder wie so der Urheber der Quelle zu einer Angabe gekommen ist, deren Richtigkeit von der historischen Kritik in Zweifel

gezogen werden kann. Im vorausgesetzten Fall seiner räumlichen oder zeitlichen Entfernung vom Beobachtungs- und Mittheilungsobject müsste er falsch berichtet worden sein, oder aber sich falsch berichtet d. i. seine Quelle missverstanden haben; ganz abgesehen von anderen möglichen Irrthümern zweiter Ordnung als da ist die unrichtige Wiedergabe des richtig verstandenen Wahren. Dass er ohne sein Wissen falsch berichtet d. i. unterrichtet worden sei, ist leichter zu schliessen als zu demonstriren, weil hierzu wiederum mehrfacher Anhalt für die Kritik der Vorquellen erforderlich ist, deren Unrichtigkeit ebenfalls verschiedene Ursachen haben kann. Gerade bei Erforschung der römischen Geschichte hat man es oftmals mit Quellen zu thun, die sich auf Mythos, Sage, Erfindung, Fälschung gründen, welche kritiklos also irrthümlich wiedergegeben werden. Auf dass hingegen das Urtheil des Missverständnisses gefällt werden könne, muss in der Regel Dreierlei gegeben sein. Ist aber dies Dreierlei gegeben, dann darf der Historiker nicht mehr anstehen den klaren Inhalt der ächten Quelle für überwunden, für beseitigt zu halten.

Wir müssen erstens in der Lage sein, uns über den angezweifelte Inhalt noch auf anderem Wege, als durch die Mittheilung der Quelle, Kenntniss zu verschaffen. Der andere Weg muss ebenso zuverlässig, die auf ihm gewonnene Nachricht muss abweichend und glaubwürdiger sein. Die abweichende und glaubwürdigere Nachricht wird geboten entweder durch directe Mittheilung und zwar ebenderselben Quelle (sozusagen ein Streit im eigenen Lager) oder einer anderen; oder aber er wird geboten durch indirecte Mittheilung d. h. durch Schlüsse, welche entweder nicht dasselbe ergeben, wo sie dies müssten, oder welche sogar etwas Anderes ergeben. Die Schlüsse können auf der anderen Quelle fussen oder auch nicht auf der anderen; es kann ein in sich nicht harmonirender

Bericht in einer sicheren, aber der von ihm wirklich vorge-
tragenen entgegengesetzten Ansicht fñhren. Im Interesse der
Zurückhaltung sei auch ein großes Beispiel nicht verschmäht.
sei folgender Bericht als vorliegend angenommen: »Als die
Sonne in's Meer getaucht war, brach der römische Feldherr mit
den Kerntruppen seines Heeres auf, um rings her Kiste bis zum
nächsten, sechs Meilen entfernten Vorgeborge zu ziehen.« Nun
folgt eine Schilderung der Gegend, oder eine Charakterisierung
des Feldherrn und es geht dann also weiter: »Nach zwei
Stunden musste Halt gemacht werden. Die meisten Soldaten
konnten den Marsch nicht fortsetzen in Folge der Sonnen-
hitze, welche sie auf dem schattenlosen Wege erhalten hatten.«
Es fehlt zur Bestimmung der Zeit des Aufbruchs an einem
anderen direkten Zeugnis. Allein ein auf unseren Bericht
basirender Schluss liefert eine Zeitangabe, welche von der
der Quellenworte entschieden abweicht. Diese abweichende
Zeitbestimmung sei aus hier nicht in Betracht kommenden
Gründen viel glaubwürdiger. Man wird es nicht für schwer
halten, dem folgenden Beispiel eine Reihe von wirklich vor-
kommenden an die Seite zu stellen, und kann sich ein-
stellen auch lassen erinnern, was oben von Gaius' Bericht über
die Gründe der Benennung der legis actiones gesagt worden
ist. Wenn nun Brinz, zur Contravindikation in d. L. a. sacra-
mento, in der juristischen Festsage zum Doctorjubiläum von
Spengel (München 1877 S. 122 sich gelegentlich polemisch
hinaus spricht: »Eine einzige Thatsache (d. h. doch wohl
direkter Ausspruch) ist auf dem Gebiete der Geschichte mehr
werth als ein Hundert von Schlüssen«, so ist nicht mehr zu
bezweifeln, dass dieser Aeußerung nur bedingte Wahrheit zu-
kommt. Im Bereich der Naturforschung wird gewisslich ein
direkter Ausspruch der Natur, eine Thatsache, alle Schlüsse
immer überwiegen. In der Geschichte dagegen, wo die Data von
Menschen geliefert werden, müssen sich diese stets gefallen

lassen von Menschen als Menschen gemessen zu werden. Den Historiker schlechthin und für alle Mal verzichten heissen auf die Anwendung der Fähigkeit durch Folgerungen Data zu erwerben, sobald ein Referat vorliegt, ist nichts Anderes als das Geheiss den Werkzeugen der Erfahrung und Logik zu entsagen. Es wird Niemand bestreiten, dass eine literarisch vermittelte chronologische Angabe durch die Astronomie corrigirt werden kann. Mit ihrer Hülfe kann der Termin einer früheren Sonnenfinsterniss festgestellt werden. Die Gewissheit eines solchen Berechnungsergebnisses gestattet einen sicheren Schluss auf die Zeit eines Ereignisses, welches in Urkunden als mit jener Finsterniss gleichzeitig erwähnt wird. vgl. z. B. Duncker, Geschichte des Alterthums I 3. A. S. 796. Ueberhaupt hat, den gehörigen Grad von Schlüssigkeit vorausgesetzt, die direct bezeugte Nachricht keinen Anspruch auf unbedingten Vorzug vor der indirect bezeugten oder erst erschlossenen. Nur über den gehörigen Grad von Schlüssigkeit kann im einzelnen Fall sich Zweifel einstellen und hierbei sogar die für sich nicht ganz ausreichende Schlüssigkeit durch ein Mehr von Glaubwürdigkeit ergänzt werden.

Wir müssen zweitens in der Lage sein auf eine Quelle hinzuweisen, aus welcher der kritisirte Bericht geschöpft sein kann, also hinzudeuten auf das, was möglicherweise missverstanden worden ist. Diese Möglichkeit der Ableitung braucht keineswegs bis zur Gewissheit zu gehen, jedoch muss die Unwahrscheinlichkeit des gedachten Zusammenhangs ausgeschlossen sein. Jene Quelle kann natürlich eben dieselbe sein, welcher der Kritiker seine abweichende und glaubwürdigere Kenntniss verdankt d. h. es kann ihm die vermuthlich missverstandene Vorquelle als Nebenquelle zu Gebot stehen.

Zur Annahme eines Missverständnisses genügt endlich nicht der Besitz eines abweichenden und vorzuziehenden historischen Befundes, auch reicht nicht aus die hinzutretende

Möglichkeit auf ein Object des Missverständnisses hinzuweisen. Es muss vielmehr, was von selbst einleuchtet, auch die relative Tauglichkeit dieses Objects erweislich sein d. h. aus dem Verhältniss seiner Beschaffenheit zu derjenigen des Berichterstatters, der es benutzte, gezeigt werden, wie so derselbe zu der unrichtigen Aeusserung zu gelangen vermochte. Wir müssen also drittens unsern Gewährsmann, wie er an der historischen Begabung und Auffassung, am Sprachgebrauch, am Cultur- und besonders Rechtszustand seiner Zeit, seines Volkes, seiner Partei oder Schule Theil nimmt — nicht zu reden von seiner rein individuellen Disposition zum Missverstehen — mit der vermuthlich missverstandenen Vorquelle (z. B. ihrer Ausdrucksweise) vergleichen und aus dieser Vergleichung die Möglichkeit und die Wahrscheinlichkeit seines Missverständnisses zu begründen in der Lage sein. Dies dritte Erforderniss ist nicht blos ein Postulat der Versöhnlichkeit. Seine Erfüllung rechtfertigt erst die Annahme des Missverständnisses durch dessen Erklärung; für den einsichtigen Beurtheiler fällt die Entschuldigung mit der Erklärung zusammen. Ohne die fragliche Erklärung ist, streng genommen, der Kreis der Argumentation nicht geschlossen.

§ 12. Von der Annahme eines Irrthums in ihren Quellen haben die Geschichtschreiber des römischen Rechts geeigneten Falls Gebrauch zu machen nicht unterlassen; an den phantasiereichen Missbrauch, den Christiansen's Rechtsgeschichte macht, sei nur im Vorbeigehen erinnert. Jedoch konnte oder mochte die Forschung nicht in jedem Fall sich für eine der denkbaren Irrthumsarten entscheiden, und wenn sie sich zur Annahme eines Missverständnisses entschloss, so dachte sie dies thun zu dürfen, ohne jedes Mal sich der aufgestellten kritischen Erfordernisse bewusst zu sein, oder ihr Bewusstsein davon deutlich zu machen. Man begnügt sich oftmals die abweichende und glaubwürdigere auf gleich zuverlässigem Wege er-

langte Nachricht vorzuziehen, also für die zurückgesetzte einfach einen Irrthum anzunehmen und sich um die Erklärung desselben nicht weiter zu bemühen. Geht man, wo die Umstände für Unterstellung speciell eines Missverständnisses sprechen, weil die Zuverlässigkeit der Vorquelle im Ganzen feststeht, davon aus, dass die oben genannten Erfordernisse als vereinigt Gegengewicht den klaren Inhalt der ächten Quelle auf-, vielleicht auch überwiegen, dann mögen die beiden letzten und besonders das letzte eine geringe, mitunter verschwindend geringe Berücksichtigung finden, wenn nur das gehörige Gegengewicht vorhanden, also dem ersten Erforderniss weitaus genügt ist. Man erinnere sich nur des im vorigen Paragraphen benutzten Beispiels. Der überlieferten Nachricht, dass der Aufbruch nach Sonnenuntergang Statt gefunden habe, steht die mit Sicherheit gefolgerte und weit glaubwürdigere gegenüber, dass er bei Tage erfolgt sei. Zwar kann noch auf eine und die andere Quelle hingewiesen werden, aus welcher der Berichterstatter, der nicht Augenzeuge war, geschöpft haben kann, aber wie er zu der unrichtigen Zeitangabe gekommen, vermögen wir gar nicht zu bestimmen, oder nur zu ahnen. In diesem Fall dürfte wegen der stark überwiegenden Glaubwürdigkeit der abweichenden und gleich zuverlässigen Nachricht von der in der Regel zu erfüllenden Forderung einer Erklärung des Missverständnisses abgesehen werden.

Als Nachweise für die Behandlung von Rechtsquellen als Geschichtsquellen in der zuletzt besprochenen dritten Richtung, also für die Ausübung von historischer Kritik an Rechtsquellen seien nur ein paar Beispiele oder Anwendungsfälle angeführt, die mir insofern Belege für die aufgestellten die Methode betreffenden Grundsätze sind, als das Allgemeine nicht von ihnen abgezogen, sondern durch sie bestätigt worden ist.

Es sei verwiesen auf das Schicksal, welches Theophilus'

Bericht über die zu seiner Zeit nicht mehr geltende, also ihm zeitlich entrückte *bonorum venditio* erfahren hat. Einmal nämlich wird seine Paraphr. III 12 p. gegebene Darstellung dieser dem Ordinarprozess angehörenden Einrichtung von Bethmann-Hollweg, römischer Civilprocess § 114 Note 26, 27, 57, 69 eines dreifachen Anachronismus d. i. hier dreier Irrthümer geziehen. Theophilus hat danach unrichtig erstens Mehrheit von Gläubigern zur Voraussetzung der Ertheilung der *missio in bona* gemacht, zweitens die sich unmittelbar an die Ertheilung anschliessende *proscriptio* als solche zu erwähnen unterlassen, oder doch drittens eine *proscriptio* an eine Stelle des Verfahrens gesetzt, an die sie nicht gehört. »Ueberhaupt ist dieser Byzantiner, so begleitet Bethmann-Hollweg rechtfertigend seine Kritik, ja nur da schätzbar, wo er aus alten, uns nicht mehr vorliegenden Quellen schöpft; dagegen, wo er diese ergänzt, des Missverständnisses oder des Anachronismus verdächtig, und wo er ihnen widerspricht, unbedingt zu verwerfen.« Und den drei oben aufgestellten Erfordernissen sucht Bethmann-Hollweg dadurch zu genügen, dass er auf andere, mindestens ebenso zuverlässige Quellen wie Cicero, *lex Rubria* und Gaius verweist, die Abweichendes und Glaubwürdigeres ergeben; dass er weiter von den Quellen spricht (vgl. besonders N. 57), aus welchen der kritisirte und verworfene Bericht abgeleitet sei, und endlich, dass er Theophilus in den Anschauungen seiner Zeit befangen, Vorstellungen aus seiner Zeit in die des Gaius hineintragend nennt. — Ferner wird Theophilus' citirter Bericht von Krüger, *Kritische Versuche* S. 134 noch eines weiteren Irrthums geziehen. Angefochten wird seine Angabe, dass nach der Wahl des *magister* eine kurze Frist gelaufen sei, nach deren Ablauf eine neue (für Theophilus die dritte) Gläubigerversammlung Statt gefunden habe zur Feststellung der *lex bonorum vendendorum*. Auch Krüger trägt den drei kritischen Erforder-

nissen Rechnung. Ein von ihm mit Hilfe von Studemund's Lesung constituirter Text von Ga. III 79 gewährt ihm abweichende und glaubwürdigere Auskunft. Er nimmt ferner mit Bethmann-Hollweg a. a. O. § 114 N. 75, der seinerseits hier Theophilus folgt, eine ältere Quelle für dessen Darstellung an und zwar gerade Gaius (vgl. oben S. 49 al. 1 i. f.), und sucht endlich zu zeigen, wie Theophilus zum Missverstehen des gajanischen Textes kommen konnte. Die gewichtigen Bedenken, welche Huschke, Jurisprud. Anteinst. zu Ga. III 79 gegen den von Krüger zu Grunde gelegten Text vorbringt, benehmen doch dessen Kritik nicht die Fähigkeit zur Erläuterung unserer kritischen Forderungen zu dienen. — Den gleichen Dienst kann die von Voigt, Ueber die *leges regiae* S. 18/19 an Coll. IV 8, 1 geübte Kritik leisten. Dort wird die Wahrheit des wörtlichen Berichts, dass eine *lex regia* dem Vater die Gewalt über Leben und Tod der Tochter verliehen habe, in Abrede gestellt, nämlich mittelst Schlüssen der abweichende und glaubwürdigere Inhalt gewonnen, dass nicht eine *lex regia* jene Gewalt verliehen habe. Schliesslich wird auch auf die Quelle des verworfenen Zeugnisses und die Art ihrer Benutzung verwiesen, ja diese Vorquelle selbst bemängelt, Alles in den Worten: »dasselbe (das Zeugnisse) kann sich nur stützen auf die unkritische Lectüre eines Schriftstellers, der in der Manier von Dion. II 24—27 die Geschichte der ältesten Institutionen und Satzungen des römischen Staates behandelte.«

§ 13. Für die Geschichte des römischen Rechts und besonders des römischen Civilprocesses, einen Theil der ersteren bilden Gaius' Institutionen eine Hauptquelle. Ihr gegenüber kommt historische Kritik nicht leicht zur Anwendung. Einmal handelt Gaius zum weitaus grösseren Theil von zeitgenössischem Recht und Process, das von ihm als historisches gegebene Material nimmt einen verhältnissmässig geringen

Raum ein. Auch steht uns kaum ein Anhalt zur Verweisung auf Quellen zu Gebot, aus denen Gaius geschöpft haben mag — eine einschlägige Bemerkung findet sich bei Muther, *Sequestration und Arrest* S. 144 N. 2. Und, was die Hauptsache ist, es fehlt uns meistens der Massstab zur Prüfung der Wahrheit der von Gaius gemachten geschichtlichen Angaben, weil wir selten auf einem anderen Wege Aufschluss über den von ihm gelieferten Stoff zu erhalten vermögen. Die historische Kritik von Gaius als Rechtshistoriker muss hiernach in den Anfängen stehen und seine Benutzung durch den heutigen Rechtshistoriker überwiegend die des Dogmatikers sein, welcher im Dienst seiner Quelle steht, hinnimmt was sie ihm bietet. Die von manchen Neueren beliebte Verwerfung des gajanischen Zeugnisses über den Einführungszweck der *interdicta retinendae possessionis* (Ga. IV 148) würde ein hierher gehöriges Beispiel der gedachten Kritik abgeben, wenn sie die befriedigende Rechenschaftsablegung nicht vermissen liesse. Rudorff (*Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss.* XIV) will das zweite Capitel der *lex Aquilia* ursprünglich auf den *adstipulator* als Vertreter im Process über eine *actio ex capite primo legis Aquiliae* beschränken und damit die Stellung des zweiten Capitels begründen. Dabei aber möchte er Gaius' »weitere Erklärung eher einer mangelhaften Auffassung des ihm fern liegenden alten Gesetzes, als einer bewussten und absichtlichen Ausdehnung desselben zuschreiben« (S. 390). Gegen diese nicht weiter motivirte Verurtheilung wird der Betroffene von Huschke, *Gaius* S. 108 in Schutz genommen. Im Geist des röm. Rechts § 47^c ficht Jhering Gaius' Bericht über den Aufhebungsgrund des *Legisactionenverfahrens* an (Ga. IV 30); es will ihm »scheinen, als ob das Urtheil des Gaius weniger vom Standpunkt der alten als der spätern Zeit aus gefällt worden sei.« Die durch das neue Verfahren gewährte Erleichterung lag nach Jhering »nicht darin, worein man sie nach dem Bericht

des Gaius zu setzen geneigt sein könnte.« In Bezug auf die von Gaius IV 11 gegebene Notiz über den Process wegen abgeschnittener Reben ist Bekker, Aktionen I S. 65 in der Lage zu erklären: »dass Gaius ohne viel Nachdenkens aus vager Tradition Vernommenes übermittelt, scheint gewiss«; und in der Zeitschrift f. Rechtsgesch. V S. 342 nimmt Bekker, nach einem Angriff auf Ga. IV 30, die Nothwendigkeit einer viel weiter greifenden Skepsis gegenüber Gaius in Aussicht, wenn er sagt: »Die Glaubhaftigkeit dieses Referenten wird auch bei anderen Punkten in Zweifel gezogen werden müssen, z. B. IV 82, dass die Bestellung von Cognitoren dem Legisactionenverfahren stets fremd geblieben.« Nach Karlowa, Civilproc. z. Zeit d. Legisactionen S. 14 kann was Gaius über das *lege agere sacr.* aussagt, wenn er sich nicht auf ältere Quellen bezieht, volle Glaubwürdigkeit nur für die Gestaltung der *sacr. actio* zu seiner Zeit beanspruchen: nun ist aber z. B. IV 16 eine solche Bezugnahme nicht anzutreffen und will Gaius dort über die alte in *rem actio sacramenti* berichten (*si in rem agebatur, vindicabant*). Weitere Fälle, in welchen rechtsgeschichtliche Angaben des Gaius kritisirt, oder auch nur kurz abgethan werden, darf ich übergehen und gelegentlich an die in früheren Paragraphen angestellten Prüfungen solcher Angaben erinnern. In seiner Darstellung der sogenannten *legis actio sacramento in rem* habe ich ausreichenden Boden gefunden, um innerhalb der oben gesteckten Grenzen und unter den früher bezeichneten Voraussetzungen historische Kritik zu üben. Auch ohne Combination mit anderen für sich stehenden Argumenten zweiten Ranges liefert jene Kritik als glaubwürdiges und vorzuziehendes Ergebniss die Verneinung oder Verwerfung der auf Grund von Gaius' Zeugniß allerwegs gelehrten, aber in der römischen Umgebung unglaublichen Nothwendigkeit bejahender Eigenthumsbehauptung seitens des Beklagten im gedachten Verfahren. Wenn bei diesem Er-

gebniss der klare Inhalt einer ächten Quelle hintangesetzt und ein Irrthum ihres Urhebers angenommen wird, so kann hierin nach den zuletzt entwickelten besonderen kritischen und den vorausgehenden allgemeinen die römischen Juristen als Rechtshistoriker betreffenden Grundsätzen nichts Unzulässiges gesehen werden. Auch ist es gut sich zu vergegenwärtigen, dass hier nicht zum ersten Mal einer gajanischen Nachricht der Glaube versagt wird. Wer trotz alledem bei einer blossen Verweisung auf den jenem Ergebniss (wahrscheinlich) entgegenstehenden Wortlaut von Ga. IV 16 verharren wollte, würde sich nur einer schnell fertigen Verkennung oder Verläugnung anerkannter Forschungsmittel schuldig machen. — Es stand nicht zu erwarten, dass die neue Auffassung alsbald an die Stelle derjenigen treten werde, welcher die »traditionelle Macht eines alten Besitzstandes« zur Seite steht, um so weniger als die an dogmatische Quellenbenutzung gewohnten Romanisten die Heiligkeit des antiken Wortes hoch zu halten pflegen — wenigstens wenn Anderer Uebertretungen in Frage kommen — und das ohnehin spärliche Material nicht gern auch nur in einem Punkte verdächtigen oder entwerthen lassen. Auch wird endlich bei historischen Fragen, wo durchgreifende, zwingende Gewissheit nicht zu beschaffen ist, der Leser leicht von einem subjectiven Gefühl oder Geschmack beherrscht und voreingenommen sein. Hierauf Rücksicht zu nehmen wie einzuwirken liegt nur zufällig im Bereich und niemals in der Absicht einer wissenschaftlichen Erörterung.

Die Untersuchung, welche zu der oben bezeichneten von der Tradition abweichenden Ansicht geführt hat, bildet den hauptsächlichlichen Inhalt meiner 1876 erschienenen Schrift »Zur legis actio sacramento in rem«, welcher im vergangenen Jahre einige Widerlegungsversuche zu Theil geworden sind. Die Betrachtungen Anderer über denselben Gegenstand haben mich zu einer nochmaligen Prüfung der eigenen Meinung an-

geregelt. Von dem, welcher neue Ansichten aufstellt, sagt Bekker, Aktionen I S. 4/5, derselbe habe nicht ihre Richtigkeit zu erweisen: »die Anderen zu überzeugen, das ist nicht seine, sondern der Anderen Sache, und wenn sie vom Richtigen unüberzeugt bleiben, so ist dies nicht sein, sondern auch wieder der Anderen Schaden«. Wenn ich diese hier nicht zu charakterisirende Auffassung zu theilen vermöchte, so hätte es sicherlich bei meiner ersten Opposition sein Bewenden gehabt. So aber habe ich mich zu dem nicht durchweg reizvollen Unternehmen entschliessen müssen das für wahr Gehaltene nochmals zu vertreten und was zur Entkräftung der erhobenen Einwände beitragen kann dem Publicum vor dem sie erhoben worden, vorzulegen.

Zweites Capitel:

Die äussere Beglaubigung.

§ 14. Gaius IV 16 sagt: *qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi. ecce tibi vindictam inposui. et simul homini festucam inponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.*

Es sei angenommen, dass wir hier eine ächte Quelle, das unveränderte und vollständige Wort des Gaius vor uns haben. Es sei auch angenommen, dass der Inhalt der Quelle klar sei und dass sie ausspreche, der Beklagte habe gleich dem Kläger Eigenthumsrecht für sich behaupten müssen. Hier soll also nicht wiederholt erörtert werden, dass man zu der letzten Annahme keineswegs unausweichlich gezwungen ist. Dies wird von Eisele, Kritische Vierteljahrsschr. XIX S. 512 (unten) bestritten und behauptet: »die Worte des Gaius erzeugen nothwendig die Vorstellung, dass sobald Kläger die angegebenen dicta und facta vornahm, dasselbe auch sein Gegner that; diese Vorstellung, falls sie unrichtig, durfte Gaius nicht unberichtigt lassen. . .« Allein wenn Gaius nur aussprach, dass der Beklagte dasselbe wie der Kläger that,

so konnte er damit erzählen wollen, was seines Wissens thatsächlich der Fall war. Eine processuale Nothwendigkeit war damit noch nicht ausgesprochen. Zu einer Berichtigung war noch kein Grund und zu der Bemerkung »Beklagter habe sich auch negierend verhalten können« nur dann Anlass oder gar Verpflichtung, wenn er sich vorstellte sein Ausspruch werde, wie von den Neueren geschieht, auf die Nothwendigkeit gedeutet werden. Man könnte, wie gesagt, darauf bestehen die Eigenthumsbehauptung des Beklagten sei von Gaius ebensowenig als processualische Folge der klägerischen Eigenthumsbehauptung hingestellt, wie sie von Theophilus (ad 1 J 4, 6 cf. 1 i. f. J 4, 6) mit den Worten *ὃν δὲ τὰ αὐτὰ λέγεις δεσπότην σεαυτὸν ἀποκαλῶν* (tu vero eadem dicas, dominum te praedicans) als nothwendige processualische Voraussetzung der klägerischen Eigenthumsbehauptung gemeint ist. Es soll endlich auch nicht gefragt werden, warum doch *eadem similiter dicebat*, und nicht *eadem dicebat*, und warum nicht *adversarius contra vindicabat* oder *similiter vindicabat*. Wohl aber muss betont werden, dass die physische Möglichkeit der Verneinung des Beklagten (ihm nachtheilige) Processfolgen haben musste, wenn die Bejahung nothwendig sein sollte. Solcher Processfolgen wird nirgends gedacht. In dieser Beziehung gewährt auch die in iure cessio keinen Anhalt. Es ist wahrscheinlich, dass die Verneinung der Behauptung des Cessionars durch den Cedenten die Addition hintanhalt. Wäre aber auch das Gegentheil sicher, so würde doch nicht auf Addition als Folge der Verneinung des Processbeklagten geschlossen werden können. vgl. meine Schrift: Zur l. a. s. i. r. S. 38/39. 44/45. Die Processfolgen der Verneinung — falls es deren gab — mitzutheilen war wohl geboten und wichtiger, als die Bedeutung der festuca zu erörtern. Wer nicht bejahte war im Sinn der hergebrachten Meinung indefensus. Aber was geschah, wenn Einer nur verneinte,

ist Gegenstand blosser Vermuthungen. Die Processvorschrift, welche jede andere Vertheidigung als die s. g. Contravindication ausschliesst, zeigt sich einstweilen höchstens als *lex imperfecta*.

Auf diese Seite der Frage sind Brinz, Zur Contravindication und Wach in den Nachträgen zur fünften Ausgabe von Keller's Civilprocess nicht eingegangen, während von Eisele's einschlägiger Construction im § 35 zu sprechen sein wird. »Der Einwurf, so erklärt Wach a. a. O., Gaius habe nicht die Nothwendigkeit derselben (d. i. der s. g. Contravindication ausgesprochen, wird widerlegt durch Ga. 2, 24....., durch die einbezeugte strenge Natur der L. A. und das regelmässige *festucam imponere*, welches von Gaius nach seiner eigenen Erklärung als symbolische Eigenthumsausübung gedacht wurde.« Allein jener Einwurf — der doch wohl vor Allem durch Ga. IV 16 hätte widerlegt werden sollen — wird noch nicht widerlegt durch Ga. II 24, da die fragliche Nothwendigkeit weder dort ausgesprochen ist, noch aus derselben Stelle gefolgert werden kann. Er wird ferner nicht widerlegt durch die einbezeugte strenge Natur der *legis actio*, da Gaius, wo er diese bezeugt, jene Nothwendigkeit nicht ausspricht, und dann überhaupt dieselbe aus der strengen Natur der *legis actio* nicht gefolgert werden kann bis feststeht, wie weit jene Strenge reicht. Dass sie soweit nicht reicht, als Wach unterstellen muss, ist höchst wahrscheinlich. Man kann nach Ga. IV 11 u. 31 kaum umhin anzunehmen, dass die von den Römern hervorgehobene Strenge der *Legisactionen* sich allein auf die Formulirung der *actiones* bezog, wie sie im Anschluss an die Quellen, die *leges* erfolgte. Des Klägers *actio* sollte immutabel, den *verba legis* accommodirt, nicht wechselnd den Umständen des gegebenen Falles angepasst sein. Dass hierbei, wo es galt nicht blos die *formae legis* nach den Gesetzen zu bilden, sondern auch die den gegebenen Fall treffende oder

begreifende zu finden, zumal bei Incongruenz des concreten und des gesetzlichen Thatbestandes (*vites* und *arbores*), dass hierbei viel Subtilität zu entfalten und leicht zu straucheln war, ist ebenso klar, wie dass solche Strenge in Ansehung der *actio* eine Neuerung erwünscht machen musste. Andererseits ist nicht bezeugt und schwer denkbar, dass wie die *actio* so auch die *defensio* dem Wortlaut eines Gesetzes accommodirt war, was jedoch nicht ausschliesst, dass sie in bestimmte Sprüche gefasst war, welche man zur Erleichterung des Processbetriebs redigirt hatte. Die Vertheidigung war für den *modus lege agendi* (nöthigenfalls unter Berücksichtigung des Unterschieds bei seiner Anwendung auf *actio in personam* und in *rem*) für alle Mal auf einige Formeln gebracht, damit jedweder *actio* (*forma legis* oder *agendi* Ga. IV 24; 2 § 12 D 1, 2) gewachsen, und alles nicht stereotypische Vertheidigungsmaterial fand, wo es einmal zu Gebot stand, keine Aufnahme. vgl. *nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum*. Ga. IV 108. Der Beklagte hatte niemals Gelegenheit zur Vermittelung und Ausgleichung des in concreto Erstrebten mit dem abstract gesetzlich Möglichen, er hatte sich nur dem vom Kläger gebrauchten *modus lege agendi* gemäss zu verhalten, zu accommodiren, so Viel als zu dessen Gebrauchung erforderlich war, zu thun. Danach kam aber bei der Vertheidigung im *lege agere* keine Subtilität in Frage und die Gelegenheit zum Irren war gänzlich fern gerückt; sollte daher die Beklagtenrolle zur Verdrängung der ältesten Processform mitgewirkt haben, dann that sie es nur insofern, als das unter der neuen als *exceptio* fungirende Vertheidigungsmaterial unter den *Legisactionen* schwieriger d. h. nur auf Umwegen oder doch minder sicher zur Geltung zu gelangen vermochte. Bei der erwähnten Unterordnung der Beklagtenrolle sind ihre bestimmten Formeln nothwendig nur zur Durchführung der primären Rolle, also

nur insoweit erforderlich, als der Kläger ohne dieselben nicht *lege agere* kann. Im Verfahren mit *pignoris capio* wird gar Nichts vom Beklagten verlangt, in dem mit *sacramentum* hat er dem Kläger zu widersprechen, damit dieser zum *sacramento contendere* übergehen kann, und hat dann auf des Klägers *sacramento provocatio* seinerseits einzugehen. Insbesondere bei der *sacramenti actio in rem* hat er *ius feci sicut vindictam inposui* zu sagen, auf dass der Kläger *quando tu iniuria vindicavisti* sagen könne, und er hat dem klägerischen *provoco* zu folgen mit *et ego te*, um den vom Kläger begehrten und erhobenen Sacramentsstreit zu Wege zu bringen. Hingegen kann das der ersten Widerrede nachfolgende Verfahren, nämlich der prätorische Befehl *mittite* gleichwie das eigentliche Sacramentsverfahren wenigstens ebenso gut vor sich gehen, wenn der Beklagte mit *tuum esse nego* als wenn er mit *meum esse aio* widersprochen hat. Der Annahme, dass ihm beide Wendungen oder Formeln zu Gebot standen, lässt sich nach alle Dem nicht die Immutabilität entgegenhalten, als welche auf die einzelne klägerische, dem Gesetz zu accommodirende Actionsformel zu beziehen ist. Für den ausserdem im ältesten Verfahren vorkommenden Formelgebrauch ist keine Strenge bezeugt, welche mit der obigen Annahme unverträglich wäre.

Endlich drittens wird die Nothwendigkeit als von Gaius ausgesprochen nicht sicher gestellt durch »das regelmässige *festucam imponere*, welches von Gaius nach seiner eigenen Erklärung als symbolische Eigenthumsausübung gedacht wurde.« Denn aus den Worten *festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti domini (i quod maxime) sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent* ist augenscheinlich nicht zu entnehmen, dass von ihrem Verfasser das *festucam imponere* als symbolische Eigenthumsausübung gedacht werde. Gaius spricht von der Bedeutung der *festuca*

(und hasta), und nicht von der Bedeutung des *festucam* inponere. Auch Brinz geht zu rasch, wenn er a. a. O. S. 104 schliesst: »Wäre gar wahr, dass die *festuca* Eigenthumssymbol gewesen sei, wegen *Gaius: festuca autem utebantur...*, so würde schon im Gebrauche der *festuca* an und für sich die Eigenthumsbehauptung, von Seite des Beklagten nicht minder als von der des Klägers, gelegen haben.« Daraus dass die *festuca* Eigenthumssymbol war, ist noch nicht zu schliessen, dass Wer sich ihrer bediente, damit Eigenthum ausübte oder behauptete. Eisele meint (a. a. O. S. 513), was *Gaius* über die *festuca* sage, sei nicht von ihm erfunden, sondern beruhe auf alter Schultradition. Das will zwar nicht recht dazu stimmen, dass die *hasta* (an welcher Statt die *festuca* dient) von *Festus* anders gedeutet wird, und solche Tradition auch sonst keinen Boden hat. vgl. Zur l. a. s. § 10. Jedoch meint Eisele, dass sie selbst irrig beweise, dass man das *vindicare* auch des Beklagten als auf Grund Eigenthums geschehend ansah, »und diese Ansicht würde sich schwerlich gebildet haben, hätte ihr das *Vindicationsritual* nicht Vorschub geleistet.« Es kann nun aber Einer beim *vindicare* ein Eigenthumssymbol gebrauchen, ohne dass damit ausgesprochen ist, dass sein *vindicare* auf Grund Eigenthums geschieht. Dies so anzusehen wäre voreilig gewesen. Die Auffassung der *festuca* als eines Eigenthumssymbols ist also weit entfernt davon zu beweisen, welcher Ansicht man oder *Gaius* über den Grund des *vindicare* des Beklagten war. Da wir nun nicht wissen, ob sich die von Eisele gemeinte Ansicht gebildet habe, so können wir auch nicht sagen, dass ihr das fragliche *Vindicationsritual* Vorschub geleistet habe. Wohl aber lässt sich — indem früher vorgebrachte und unangefochten gebliebene Argumente zurückbleiben — Folgendes sagen: die *festuca* kann als Eigenthumssymbol gegolten haben und darum im Eigenthumsprocess gebraucht worden sein. Ja

es könnte umgekehrt aus dem Gebrauch der *festuca* im Eigenthumsprocess sich die unrichtige, jedoch für unsere Frage gleichgültige Ansicht gebildet haben, die *festuca* sei Eigenthumssymbol. Man muss sich demnach hüten an diesem Punkt »etwas zuversichtlicher zu urtheilen, als nach Lage der Sache gerechtfertigt ist«, was mir Eisele hier nachsagt. Zu dem Ende ist die folgende Betrachtung zu empfehlen. Schwarze Kleidung ist bei uns ein Zeichen der Trauer, ein Trauersymbol. Kann nun ein Erwachsener ernstlich meinen, der schwarz gekleidete, also sich des Trauersymbols bedienende Leichenbitter drücke seine Trauer aus, trage jene Kleidung wegen seiner Trauer? muss er nicht vielmehr meinen, der Leichenbitter sei darum schwarz gekleidet, weil er bei einem Traueract mitwirkt?

§ 13. Indessen sollte ja angenommen werden, dass in *adversarius eadem similiter dicebat* die Nothwendigkeit bejahender Eigenthumsbehauptung ausgesprochen ist. Dieser Bericht ist nach Massgabe der im ersten Capitel erörterten Grundsätze historischer Kritik unterzogen worden. Der Vertheidigung ihres Ergebnisses und Verfahrens wird eine Uebersicht desselben mit einigen Zusätzen vorangehen müssen; wegen des Beweises mancher Voraussetzungen und Detailbehauptungen in diesem und dem folgenden Capitel kann hier auf die frühere Schrift verwiesen werden. — Jene Kritik geht davon aus, dass Gaius' Bericht über das *lege agere sacramento* in rem Bericht über eine Einrichtung ist, welche als ordentliche, zu genereller Anwendung bestimmte, dem Beobachtungsgebiet des Berichterstatters zeitlich entrückt ist. Weiterhin macht die Kritik in Uebereinstimmung mit unserer obigen Ausführung (§ 11) Dreierlei geltend. 1. An den von Gaius mitgetheilten und durch seinen Bericht verknüpften Formeln der *sacramenti actio in rem* haben wir eine Quelle, welche mindestens ebenso zuverlässig ist, als

Gaius' Bericht, sowie eine Quelle, die eine von letzterem abweichende und eine glaubwürdigere Nachricht liefert. Diese andere Quelle ist mindestens ebenso zuverlässig, weil sie Jahrhunderte älter ist, der Zeit angehört, der die Einrichtung angehört, und endlich sozusagen eine Augenscheinsurkunde darstellt, indem die Formeln Theile der legis actio sind, nicht bloß Zeugnisse über sie. Der Weg, auf dem wir die Nachricht aus dieser Quelle erhalten, ist der indirecte der Schlüsse, welcher, den gehörigen Schlüssigkeitsgrad vorausgesetzt, nicht weniger zuverlässig ist, als der directe. Dass der Schlüssigkeitsgrad auch strengen Anforderungen genügt, soll aus den §§ 11, 14, 15, 24 und 25 der früheren Schrift hervorgehen und wird noch in der Folge erhärtet werden. In Betreff der ersten Widerrede des Beklagten lehrt diese andere Quelle nicht dasselbe und etwas Anderes wie der gajanische Bericht des angenommenen Inhalts. Denn einmal gestatten die Formeln keinen Schluss auf die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung, was sie im Fall des Vorhandenseins der Nothwendigkeit thun müssten; es müsste aus den Formeln hervorgehen, dass die sacramenta für zwei sich entgegenstehende Eigenthumsbehauptungen bestellt werden, da ohne dies zwei vorausgehende Eigenthumsbehauptungen für das Sacramentsverfahren überflüssig, also sicherlich nicht nothwendig sind. Indem die Formeln auf Etwas nicht führen, auf das sie im Fall der Richtigkeit des gajanischen Berichts führen müssten, vermitteln sie den Schluss, dass dieses Etwas nicht vorhanden ist. — Denn ferner liefern die Formeln unmittelbar einen Schluss gegen die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung, da die vom Kläger an den Beklagten gerichtete Formel *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* auf den Fall berechnet ist, den Fall voraussetzt, dass der Beklagte nicht schon vorher (gleich dem Kläger) eine *causa vindicandi* angegeben, also auch nicht

Eigenthumsrecht als *causa vindicandi* genannt hat. Dieser Schluss wird noch dadurch bekräftigt, dass nur vom Kläger an den Beklagten, nicht auch vom Beklagten an den Kläger die Aufforderung zur Mittheilung der *causa vindicandi* ergeht, denn letztere ist vom Kläger bereits mitgetheilt in seiner Eigenthumsbehauptung, ihre Mittheilung kann daher nicht mehr verlangt werden. Endlich ist auch die vermittelt der Nebenquelle erlangte Nachricht glaubwürdiger, als die direct gebotene. Abgesehen nämlich von speciellen Gründen ihrer Unglaubwürdigkeit, wie mehrere, nicht alle, Zur l. a. s. § 2 angeführt sind, die hier nicht wieder in Schutz genommen werden sollen — wird bei der direct gelieferten Nachricht entgegen der sonst wahrnehmbaren römischen Processconstruction dem Angegriffenen oder Beklagten eine positive Behauptung unabweislich zugewiesen. Nach Savigny, Vom Beruf S. 32 »zeigt die Geschichte des römischen Rechts bis zur classischen Zeit überall allmähliche, völlig organische Entwicklung«. Mit der Annahme des gajanischen Berichts gibt man die Vorstellung von der Continuität der Entwicklung des römischen Eigenthumsprocesses auf. Man erhält dafür die unrömische Vorstellung, dass Einer um einen Gegenstand nur zu behalten so Viel behaupten müssen soll, wie ein Anderer um diesen Gegenstand als sein eigen erst zu erhalten. Ein solcher Sachverhalt ist in der Umgebung der römischen Einrichtungen ein Fremdling, ein Wunder in der römischen Rechtswelt. Das Anomale und Irrationelle der gajanischen Nachricht machen sie unglaubwürdig, und wer sich nicht bei einem juristischen Wunderglauben beruhigen will, kann jene Eigenschaft nur beseitigen durch Begründung oder Rechtfertigung der s. g. Contravindication. Diese Rechtfertigung ist aber trotz vieler von Vielen aufgewandter Mühe und, wie sich später zeigen soll, auch nach den neuesten Bemühungen eine annoch zu lösende Aufgabe geblieben.

2. Was die Quelle betrifft, welche Gaius zu seinem Bericht möglicher Weise verwendet hat, so können dafür zunächst gelten die von ihm selbst überlieferten Actionsformeln. Wenn sich annehmen liesse, dass er auf literarische Kenntnissnahme des Verfahrens beschränkt gewesen sei, so würden wir für seine geschriebene Vorquelle die einfache Unterstellung machen, dass sie sich über die erste Widerrede des Beklagten nicht umständlich, etwa durch Formelnanführung, ausgelassen, sondern kurz referirt habe, etwa »deinde adversarii vindicatio«, eine Unterstellung, die bei der früher besprochenen secundären Bedeutung der Beklagtenformeln leicht zu machen ist. Allein es kommt ferner in dem unten (§ 16) zu bestimmenden Umfang noch die eigene Anschauung als Quelle der Schilderung des Verfahrens für Gaius hinzu, und aus dieser entnahm er ausser dem hier kritisirten Bericht vielleicht noch die von ihm überlieferten Formeln, welche er in seine Schilderung verwebt und dabei (irrthümlich) verwerthet hat.

3. Der Ausdruck *vindicare*, wie er zwei Mal in den Legisactionsformeln vorkommt, bedeutete ursprünglich und in älterer Zeit etwas Anderes — nämlich Gewaltzeigen als juristischen Scheinact — denn er zu Gaius Zeiten bedeuten kann, wenn von in rem agere die Rede ist. Bedeutete er damals nur noch: ein dingliches, besonders Eigenthumsrecht gerichtlich in Anspruch nehmen, so war es möglich, dass Gaius aus dem Sprachgebrauch seiner Zeit zu einem Missverständniss des Ausdrucks der alten Formeln gelangte. War doch auch, wie beispielsweise von Stahl, Ueber das ältere römische Klagsrecht, hervorgehoben wird, »der Sinn und das Urtheil über die Verhältnisse, aus denen einst das eigenthümliche Wesen der rechtlichen Einrichtungen hervorging, in dem Zeitalter des Gaius längst erstorben«, gleichwie die Sprache der Vorfahren vielfach unverständlich, oder doch erklärungsbedürftig geworden war. Es genügt hier an Cic.

pro Mur. 12. Gell. XVI 10. XX 10. Ga. III 193. IV 17, 20 zu erinnern. Da nun einerseits in beiden jener alten Formeln vom Beklagten *vindicare* ausgesagt wird und andererseits der Kläger (von dessen Thätigkeit *condicare* auch neueren Sinnes gelten musste) in einer Formel Eigenthumsrecht gerichtlich in Anspruch nimmt: so könnte der Jurist durch den Sprachgebrauch seiner Zeit bestimmt werden zu meinen, auch des Beklagten zwei Mal erwähntes *vindicare* geschehe notwendig mit Eigenthumsbehauptung und könnte demgemäss berichten: adversarius eadem similiter dicbat. In dieser für die Zeit der ehemaligen, orientalischen und allgemeinen Geltung der sacramenti actio in rem irrigen Meinung musste Gaius durch seine eigene, sogleich zu besprechende Anschauung noch bestärkt werden, wenn man nicht vielmehr sagen muss, dass er mit durch dieselbe zu seinem Irrthum veranlasst oder bestimmt wurde. Vergleicht man hiernach die sächlichen Anlässe und Voraussetzungen der Irrung mit der Persönlichkeit des Zeugen, dessen Umsicht in historischen Dingen nicht hoch veranschlagt werden kann (vgl. z. B. o. § 6), so wird sich auch die Erklärung des zunehmenden Missverständnisses ergeben.

§ 16. Wider die im vorigen Paragraphen skizzierte Kritik, insbesondere wider ihren Ausgangspunkt und das unter 3 Bemerkte ist ein Einwand gerichtet, dem seiner Zeit nicht deutlich genug begegnet worden ist und den Eisele als nahebedingten bezeichnet, worauf Jemand bemerken könnte, dass zwar nach Goethe das Gute nahe liegt, jedoch darum noch nicht das nahe Liegende auch gut sei. Es wird eingewandt, »dass das sacramenti agere in Eigenthumsprocessen vor dem Centumviri noch zu Gaius' Zeit in Übung (Gell. IV. 31. ein solches Missverständniss daher kaum möglich war«. Eisele a. a. O. S. 312. Hiergegen hat Brinz a. a. O. S. 99 wohl mit Recht geltend gemacht, dass Gaius Vindicatio und Gegenvindicatio in die Vergangenheit verlegt, wodurch er andeutete, das

von ihm geschilderte Verfahren aus eigener Anschauung nicht zu kennen. Dem muss nun hier deutlicher als früher hinzugesetzt werden, dass was Gaius die eigene Anschauung vom *lege agere sacramento in rem* lehrte, ihn in seinem Missverständniss zu bestärken gerade sehr geeignet war.

Dass das *sacramento agere* in Eigenthumsprocessen vor den Centumvirn noch zu Gaius' Zeit in Uebung war, lässt sich nicht schon aus Ga. IV 31 ersehen. Aus dieser Stelle ist nur zu entnehmen, dass in Sachen der Centumviralgerichtscompetenz das *lege agere* noch zu Gaius' Zeit zulässig war, und dass das *lege agere sacramento* in solchen Fällen Statt fand. Aber ob sich dasselbe insbesondere auf Eigenthumsfragen bezog, und ob es *legis actio in rem*, oder aber in *personam* war, bleibt nach jener Stelle unentschieden. Aus Ga. IV 95 cf. 91 sqq. geht hervor, dass das *lege agere sacramento* Platz griff im Fall der *actio in rem per sponsionem*, wann vor dem Centumviralgericht zu verhandeln war. Ob Gaius damit Etwas von der in *rem actio per sponsionem* überhaupt, also von der eine *res singularis*, so gut wie von der eine *universitas* betreffenden *actio in rem* gesagt habe, geht nicht aus dem Wortlaut hervor. Mit Rücksicht auf das was sonst über die Competenz des Centumviralgerichts zu Gaius' Zeit bekannt ist, meint Puchta, Institutionen § 153 d, es sei »kein Grund vorhanden, zu glauben, er habe eine Eigenthumsklage (und nicht eine Erbrechtsklage) im Sinne gehabt.« Hiervon abgesehen ist sicher, dass die Centumvirn als Richter in einer in *rem actio per sponsionem* darüber zu entscheiden hatten, ob die in der *sponsio* erwähnte Sache dem Kläger gehöre *ex iure Quiritium*. Man kann nun noch fragen, in welcher Weise und Form diese von den Centumvirn zu entscheidende Frage an diese Richter gelangt sei. Wenn Bekker, Aktionen I S. 258, sich dahin ausspricht: »der Process aus der Sponsion wurde vor den Centumvirn in der Sakramentsform verhandelt«,

so ist dies wohl nur ein ungenauer Ausdruck und soll nicht bedeuten, dass das von Gaius berichtete *lege agere* unter den Augen des Centumviralgerichts vor sich gegangen sei. Eine solche Auslegung würde widersprechen sowohl der allgemein als richtig angenommenen Vorstellung, dass das *lege agere* ein Verfahren in iure und nicht in iudicio, und das centumvirale iudicium ein iudicium war, als auch Gaius' Bericht in IV 31 cum ad centumviros itur, *ante lege agitur sacramento apud praetorem*. Wie im gewöhnlichen Sponsionsverfahren der iudex privatus über eine formula, die in iure geschaffen wird, so haben die centumviri über eine legis actio zu erkennen, welche in iure abgespielt, ihnen selbst nur referirt wird. Die formula, mittelst welcher das in rem agere per sponsionem erfolgte, die summa sponsionis formell begehrt wurde, und welche an den iudex zur Beurtheilung kam, war in personam gerichtet (Ga. IV 93). Zu erwarten ist und natürliche Symmetrie, dass die legis actio, mittelst welcher das in rem agere per sponsionem in Centumviralsachen erfolgte, die summa sponsionis formell begehrt wurde, und welche an die Centumviri zur Beurtheilung kam, ebenmässig in personam gerichtet war. Findet man diese Erwartung durch die Worte von Ga. IV 95 (*summam sponsionis petimus . . . per legis actionem*) bestätigt, so muss man fragen, warum es neuerdings wieder für »ungewiss« erklärt worden sei, »ob je aus der sponsio qua Processorgan *lege agere* worden.« Wach zu Keller N. 304. Dieser Zweifel hängt wohl mit dem noch von Voigt, Jus naturale III S. 703 getheilten Irrthum zusammen, dass Gaius in IV 95 von einer weiteren Gattung der in rem actio, nämlich der in rem actio per sacramentum und nicht von einer Species der in rem actio per sponsionem handle. Jene Auffassung unterstellt, dass »sponsio als untechnische Bezeichnung des sacramentum von Gai. gesetzt« oder, wie Krüger, Krit. Versuche S. 70 sagt, dass »mit der sponsio von 125 Sesterzen

das auf die Silberwährung reducirte sacramentum gemeint ist.« Gegen jene Auffassung sprechen hauptsächlich folgende Gründe. Mit *ceterum* pflegt Gaius nicht die Behandlung eines neuen Gegenstandes, sondern die Behandlung einer neuen Seite des bisherigen Gegenstandes einzuleiten. Hat ferner Gaius in § 91 anlässlich der Besprechung der beklagtischen Cautio bei der in rem actio die Zwiefachheit der letzteren ausgesprochen, dann kann er nicht, am wenigsten mit *ceterum*, in § 95 eine dritte Gattung der in rem actio, die per sacramentum aufführen und hat jedenfalls von solcher nur bezüglich der Cautio zu sprechen Anlass, wovon er aber gar nicht spricht. Die Anführung der in rem a. per sacr. mit einer Bemerkung über die Höhe des (im Gegensatz zu jener Cautio) doch von beiden Parteien zu stellenden sacramentum würde ausser allem Zusammenhang stehen. Wer annimmt, dass Gaius in § 95 mit *sponsio* sacramentum gemeint habe, traut ihm eine folgeschwere Willkür im Sprachgebrauch zu. Wie konnte Gaius ohne absehbaren Grund plötzlich in § 95 *sponsio* in einem anderen Sinn nehmen als in den vorausgehenden Erörterungen, zumal wenn es ihm um einen neuen Gegenstand zu thun war; wie konnte er *summa sponsionis* in § 95 ohne Weiteres etwas ganz Anderes bedeuten lassen, als in § 94? Wenn er in § 95 bei *summa sponsionis* an die *summa sacramenti* dachte, warum folgte dann dem *per legis actionem* die dann überflüssige Erklärung *sacramento enim re(um) provoca(mus)*? Die Wendung *summam sponsionis* (= sacramenti) *petimus* muss Voigt als Breviloquenz ansehen, um noch ein präjudicielles und nicht ein meritorisches Urtheil annehmen zu können. Da aber die in den Worten *summam sponsionis non per formulam petimus sed per legis actionem* gegebene Entgegensetzung den Gedanken einer Combination von legis actio und formula ausschliesst, so wird einmal dem per formulam petere ein meritorisches Urtheil als zugehörig gedacht sein (vgl. § 93 i. f.)

und ferner kann bei *summam sponsionis non per formulam petimus* nicht an *summa sacramenti* gedacht sein d. h. deren Einforderung per formulam nicht ausgeschlossen werden sollen. Die per legis actionem geforderte Sponsionssumme muss aber derselben Art sein wie die per formulam begehrte. Schon aus den angeführten Gründen lässt sich nicht bezweifeln, dass in § 95 von in rem actio per sponsionem jedoch nicht per formulam in personam, sondern mittelst persönlicher Sacramentsklage die Rede ist. Es kann hiernach das Ga. IV 31 erwähnte lege agere sacramento als Mittel des in rem agere per sponsionem (IV 95), somit als lege agere in personam gedacht sein. Es bietet also unser Gaius nirgends, auch nicht IV 16 i. f., einen Anhalt für die Meinung, dass ihm das lege agere sacramento in rem aus eigener Anschauung bekannt gewesen sei. Hat er von diesem Verfahren, als in seinen Tagen noch zur Anwendung kommenden, an einer der Stellen gehandelt, welche uns nicht zugänglich sind (zwischen p. 194 und 195, oder p. 199), dann gab er wohl auch Aufschluss über das Verhältniss desselben zu der in rem actio per sponsionem, welche vermöge des lege agere sacr. in personam an die Centumvirn kam, während in IV 95 zu solcher Aufklärung kein Anlass geboten ist. — Gelegentlich sei mit Verwunderung angemerkt, dass den Worten (in IV 94) *ideo autem appellata est* bis zum Ende des Paragraphen in unseren Ausgaben die handschriftliche Stellung hinter *non restipulatur* desselben Paragraphen belassen worden ist, da sie doch ursprünglich hinter *pro praede litis et vindiciarum* in IV 91 gestanden haben müssen. Ein *et* zwischen *litis* und *vindicarum* ist bei dieser gebotenen Umstellung zu streichen oder einzusetzen, gleich wie *stipulatio* hinter *vindicarum* wird fortbleiben können. Durch die Umstellung wird auch der erwünschte Zusammenhang von *summa sponsionis exigitur* und *summam sponsionis petimus* wieder hergestellt. Auf die nicht fern liegende diplomatische Erklärung

der Emendation kann ich hier verzichten. Der Umstand, dass dem in § 94 erwähnten *lege agere* in § 95 etwas *legis actio* Betreffendes nachfolgt, hat möglicherweise bei späteren Abschreibern zur Beibehaltung der einmal verkehrten Ordnung mitgewirkt. Mit der Verkehrung kann auch der Textverderb im verstellten Theil von § 94 zusammenhängen.

Der Mangel eines gajanischen Zeugnisses für die Annahme, dass Gaius das *lege agere sacramento* in rem noch sehen und hören konnte, wird ausgeglichen durch Gell. XX 10, 1: *Ex iure manum consertum* verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum *lege* agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent. Ferner ist gewiss, dass solches *lege agere* wie alles *lege agere* — von *damnum infectum* abgesehen — nur noch in Angelegenheiten der Competenz des *centumvirale iudicium* statthaft war. — Unter der allgemeinen Herrschaft des Formularverfahrens musste das *lege agere* einen anderen Charakter haben, als es dereinst hatte. Seine Fortdauer in *Centumviralsachen* bedeutete nicht fortdauernde Einschränkung der Parteien, sondern fortdauernde Befreiung des Gerichts. Der hohe Gerichtshof der *centumviri* sollte nicht wie der *iudex privatus* in der Würdigung des Rechtsverhältnisses dirigirt und gewissermassen beschränkt sein durch die magistratische Redactionsthätigkeit. Dies hat wohl mit ermöglicht, dass die Praxis dieses Gerichtshofes die selbständige Bedeutung erlangte, die vor Allem in der Einführung und Ausbildung der *Inofficiositätslehre* zu Tage tritt. Die bei Cic. de or. I 38, 175 erwähnte Frage z. B. scheint allererst in dieser Praxis aufgeworfen oder doch zum Austrag gebracht worden zu sein; Quintil. Inst. or. V 2, 1 weist auf die Wichtigkeit der *praeiudicia centumviralia* in dieser Lehre (Bethmann-Hollweg, Z. für gesch. R.Wiss. V S. 384), und sagt V 10, 115 allgemein: *alia apud centumviros, alia apud privatum iudicem* in iisdem quaestionibus ratio. Und so erklärt sich wohl auch

das grosse Ansehen, in welchem die vor diesem Gerichtshof gehaltenen Plaidoyers standen; die Sachwalter hatten mehr Spielraum, einen weiteren Wirkungskreis (vgl. Cic. de or. I 39, 176 u. 180. Brutus 52 u. 53) und die Richter stellten höhere Ansprüche an die Beredtsamkeit derselben (Quintil. Inst. or. IV 1, 57). Auch aus Tacit. dial. 38 lässt sich entnehmen, welche grosse Stücke man auf Centumviralgerichtsreden in der ersten Kaiserzeit hielt.

Die formula war nicht bloss Instruction, sondern zugleich Directive und Befehl. Die legis actio, die dem Centumviralgericht mündlich zur Beurtheilung vorgelegt wurde, war nur das Erste, lehrte nur den Streitpunkt und das Streitverhältniss kennen. Mit der vordringenden, übergreifenden Herrschaft des Formularverfahrens bekam der Rest des lege agere eine andere Bedeutung. Nicht bloss, dass alle Einwände, die ein für alle Mal nicht in seine knöchernen Formeln passten, höchst wahrscheinlich nicht mehr in Vorentscheidung oder Nachklage, sondern direct und in Einem mit dem Angriff, auch wenn erst in iudicio vorgebracht, vom Gerichtshof berücksichtigt wurden: auch das stereotype lege agere musste anders aufgefasst werden. Ursprünglich und wesentlich war es der gesetzliche Rechtsstreit vor dem Magistrat, mit Abzug von Beweis und Urtheil, die Gesetzmässigkeit zur Gewähr an der Stirn tragend und sie ängstlich behütend. Als aber neue Processinstructionsformen mit anderem Massstab die Oberhand gewannen und als selbst wo die alten Formeln erhalten blieben, denselben doch die Massgebung benommen und der Schwerpunkt in die eigentliche Gerichtsverhandlung verlegt war, da musste das lege agere herabsinken zur blossen Abspielung eines Rituals. Da konnte von einem Irregehen beim lege agere nicht mehr die Rede sein, nicht in der Wahl der actio — denn wofür es legis actio gab, war, als es fast keine mehr gab, leicht zu wissen oder zu erfahren — und

nicht im Gebrauch der Formeln — ihre Zahl war mit den legis actiones zusammengeschmolzen, und es waren wie es scheint nur die des Sacramentsverfahrens übrig. Das lege agere vor dem Magistrat war nun nicht mehr Rechtsstreit, bei dem fehl gegriffen, der verloren und gewonnen werden konnte, sondern in einer beschränkten Anzahl von Sachen formularische Voraussetzung für den Process beim Centumviralgerichtshof. Der Verhandlung und Rechtsprechung dieses Tribunals musste die Litanei des lege agere sacramento beim praetor urbanus oder peregrinus vorausgehen. Bei dieser veränderten Function und Bedeutung des lege agere war man auch nicht mehr veranlasst sich darum zu bekümmern, ob seine Form in allen Stücken dem Rechtszustand angemessen sei, für welchen es dereinst bestimmt war. Fehlt es doch auch sonst nicht an Beweisen, dass das Verfahren im Lauf der Zeit verändert worden ist. Man kann sich danach leicht vorstellen, dass den übrig gebliebenen Anwendungsfällen der l. a. sacramento in rem entsprechend die erste — für die Anfügung des Nachfolgenden formell irrelevante (o. S. 62) — Widerrede des Beklagten positiv gefasst war, dass also jenes lege agere am Ende in einer Form auftrat, welche als unumgänglich geboten gedacht, für die Zeit, da jenes lege agere den ordentlichen Eigenthumsprocess bildete und jede Formel wog, ein Unding ist. Und sobald man Gaius nicht die Fähigkeit beilegt die Dinge auf ihre historische Atmosphäre oder ihren historischen Zusammenhang zu beziehen, eine Fähigkeit, welche die im ersten Capitel gegebenen Proben vermissen lassen: ist es begreiflich, wie Gaius die sogenannte Contravindication, die (wie zu zeigen) ihm empirisch wahrnehmbar war und vermöge des formularischen Hinweises auf ein beklagtisches vindicare als ursprüngliche erschien, ohne Weiteres als etwas zur sacramenti actio in rem Gehöriges und sie von je und in ihrer Blüthezeit Integrirendes vortragen konnte.

In welchen Fällen war nun das *lege agere formulare* Voraussetzung der Rechtsprechung des Centumviralgerichts, oder in welchen Sachen konnte Gaius das *lege agere sacramento* und insbesondere — worauf es hier ankommt — das *lege agere s. in rem* beobachten? Als *causae centumvirales* sind für die Kaiserzeit nur Erbschaftssachen beglaubigt, ja für Gaius' Zeit einzig die *querela inofficiosi testamenti*. Aus 12 p C 3, 31 kann nicht mit Sicherheit auf eine zu jener Zeit noch geltende Competenz der Centumvirn für die *hereditatis petitio* geschlossen werden, während Paul. V 16, 2 von G. Hartmann, *querela inoff. test.* S. 6 befriedigend auf die Pflichttheilsklage bezogen wird. Man darf also an der wohlbegründeten Annahme festhalten, dass die *querela inofficiosi testamenti*, wie sie ausschliesslich der Centumviralgerichtsbarkeit anheimfiel, so auch gerade den Gegenstand derselben ausmachte. Windscheid, *Pandektenrecht* § 584 N. 13, welcher nicht der Ansicht ist, dass die *querela inoff. test.* eine *hereditatis petitio sei*, verfehlt nicht »zu bemerken, dass in gewissem Sinne auch die *querela inofficiosi testamenti* als solche eine *hereditatis petitio* wohl genannt werden kann, indem sie nämlich aufgefasst wird als Behauptung, dass Kläger der wahre Erbe sei, weil eben das Testament nicht in Betracht komme, und dass sie in diesem Sinne eine *vindicatio hereditatis* im Centumviralverfahren zweifellos war.« vgl. auch Hartmann a. a. O. S. 8. Denken wir uns nun auf die Querel die *formulare Voraussetzung* des Centumviralprocesses angewandt und das *lege agere sacramento in rem* vorgenommen. Erklärt hier der Kläger *hereditatem meam esse aio* — die Gründe für und wider die Wahrscheinlichkeit eines die *causa inofficiosi* andeutenden Zusatzes können unerörtert bleiben — so finden wir den Beklagten als *heres institutus* erst recht im Falle mit denselben Worten *hereditatem meam esse aio* zu erwidern. Der positive Widerspruch, für das Spruchgefüge nicht erforderlich, ist der übrig ge-

bliebenen Anwendung des Rituals ganz entsprechend. Wenn nun das *lege agere sacramento in rem* zu Gaius' Zeit nur bei Inofficiositätsprocessen im Gebrauch war, dann mochte Gaius den positiven Widerstreit, den er in diesem alterthümlichen Verfahren wahrnehmen konnte, leicht für Etwas halten, das auch bei der alten *sacramenti actio in rem* stets Rechtsens gewesen sei. Die Gestalt, welche das *lege agere sacramento in rem* bei seiner übrig gebliebenen Function trug, nahm Gaius als die historisch ursprüngliche und zum Wesen gehörige auf. Indem er die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegnenbehauptung aussprach (wenn er es that), sprach er Etwas aus, woran er schon selber hätte Anstoss nehmen sollen. Dass er es nicht that, ist aber nach der gegebenen Erklärung seines Missverständnisses eher ein geringerer Fehler, als diejenigen, deren er bei den im ersten Capitel erkannten oder bei den von Anderen unterstellten Irrthümern zu zeihen ist.

§ 17. Ist eine historische Kritik, wie die in § 15 angedeutete und in § 16 unterstützte, durch welche der gajanischen Nachricht eine weit glaubwürdigere gegenübergestellt wird, überhaupt zulässig, dann kann eine Frage wie die folgende gar nicht mehr aufgeworfen werden: »Und was nützt der Nachweis, dass *vindicare* ursprünglich nicht eigentlich Eigenthumsbehauptung, sondern gleich *vim dicere*, dass *festuca* nicht *signum iusti dominii*, gegenüber dem Zugeständniss, dass Gaius beides anders und zwar in dem Sinne verstanden hat, welcher zur Annahme der *contravindicatio qua* Eigenthumsbehauptung drängt?« (Wach in den Nachträgen zur fünften Ausgabe von Keller.) Denn nach anerkannten geschichtswissenschaftlichen Regeln kann dieses Zugeständniss für sich jenem Nutzen keinerlei Abbruch thun.

Hingegen sind in der Folge die Einwürfe zu besprechen, welche der an Ga. IV 16 geübten Kritik im Einzelnen gemacht worden sind: Dabei fragt sich vor Allem, ob nicht

eine andere, zuverlässige Quelle dem angefochtenen gajanischen Bericht zu Hilfe kommt. Zu diesem Behuf führt Eisele S. 513 noch einmal (vgl. Zur l. a. s. § 5) Cic. pro Mur. 12 in's Feld. Dort sagt Cicero vom Eigenthumsprocess: Cum hoc fieri bellissime posset: Fundus Sabinus meus est: immo meus: deinde iudicium: noluerunt. Daraufhin meint Eisele: »In Wahrheit will Cicero etwas materiell Neues nicht vorschlagen, sondern der weitläufigen und für das Bewusstsein jener Zeit zwecklosen Vindicationsceremonie den darin steckenden wesentlichen Kern gegenüberstellen.« Nachdem hiermit statuirt ist, dass Cicero das Wesentliche aussprechen will, stellt sich unverzüglich die verlangte Consequenz ein: »Er muss also die Eigenthumsbehauptung Seitens des Beklagten für etwas Wesentliches gehalten haben.« Aber woher wissen, was Cicero will? Alles was sich auf das *sacramento contendere* bezieht, ist der von ihm angegriffenen Eigenthumsprocessart so wesentlich wie irgend Etwas. Von diesem Allem sagt nun Cicero kein Wort, sondern alsbald und ohne Weiteres *deinde iudicium*. Hat er aber etwas Wesentliches des geltenden Rituals in dem von ihm Vorgeschlagenen nicht erwähnt, dann ist nicht wahrscheinlich, dass er das Wesentliche des geltenden Rituals, auch nur der Vindicationsceremonie hat darstellen wollen oder zu unterscheiden gewusst hat. Leicht zuzugeben ist hingegen, dass Cicero dem juristischen Formelkram entgegensetzen wollte, was ihm vom natürlichen Standpunkt ausreichend und zweckmässig erschien. Er würde danach das ihm, subjectiv, wesentlich Scheinende, nicht das Wesentliche des Geltenden haben darstellen wollen und dargestellt haben. Sehr wohl kann er dabei die Tragweite des Unterschiedes von positiver und negativer Entgegnung des Beklagten nicht ermessend oder nicht bedenkend für die Abwehr den Ausdruck eines lebhaften Widerspruchs aus dem Verkehrsleben gewählt haben. Galt es doch vornehmlich durch Con-

trast Effect hervorzubringen. vgl. Cic. de finibus IV 27 Apud imperitos tum illa (die Rede pro Mur.) dicta sunt: aliquid etiam coronae datum: nunc agendum est subtilius. Was ihn sonst etwa noch zur Wahl jenes Ausdrucks bestimmt habe, mag dahin gestellt bleiben; rhetorische Velleitäten könnten mitgespielt haben, wenngleich, wie ich einsehe, eine depulsio auch negirend auftreten konnte. vgl. Voigt, Jus naturale IV S. 335. — Endlich ist zu berücksichtigen, dass in dem von Cicero angeführten und verspotteten Ritual eine positive Eigenthumsbehauptung des Beklagten gar nicht vorkommt. Im Gegentheil des Letzteren *Unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* fusst auf des Klägers vorausgehender Eigenthumsbehauptung und verneint, wie früher gezeigt wurde, dieselbe implicite. Der von Cicero dem Beklagten zugedachten Eigenthumsgegenbehauptung entspricht, so viel zu sehen, keine solche in der Wirklichkeit. Danach dürfte bei seinem Vorschlag mehr als ein Extract des Wesentlichen beabsichtigt sein.

§ 18. Das kritische Verfahren, welches den gajanischen Bericht auf ein Missverständniss zurückführt, operirt mit dem nachweisbaren Bedeutungswechsel des Ausdrucks *vindicare*, schöpft somit aus der Sprache »als dem einzigen ursprünglichen, aber auch untrüglichen Zeugen und selbst Spiegelbilde des Rechtsgedankens« (Huschke, Die Multa S. 361); denn »den ursprünglichen Geist lernt man nur kennen aus dem alten Buchstaben« (Savigny, Vom Beruf S. 118). Gegen die Möglichkeit des Irrthums erhebt Brinz (a. a. O. S. 103, 104) ein sprachliches Bedenken, indem er es für nicht entschieden erklärt, dass *vindicare* »in der Rechtssprache jemals eine nackte Gewaltthat, eine Gewaltthat ohne Justificirung d. i. ohne rechtliche Begründung, Entschuldigung, Rechtfertigung, kurz ohne Rechtsbehauptung bedeutet habe.« Es sei fern von mir so Etwas zu meinen. Wenn von *vindicare* in Bezug auf den

Process, als von etwas in iure Vorkommendem die Rede war, dachte gewisslich Niemand an ein ungerechtfertigtes, der Rechtfertigung nicht bedürftiges Gewaltthun; non videtur vim facere qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur (155 § 1 D 50, 16) hätte lange vor Paulus ausgesprochen werden können. Hatte doch schon Niemand ein Gewaltthun im vulgären physischen Sinn, Jeder vielmehr eines im bildlichen Sinn vor Augen. Indem aber das Gewaltthun als vis civilis, somit der Rechtssphäre angehörig, gedacht wird, wird es schon als ein Justificirtes oder zu Justificirendes gedacht. Und nicht bloß weil bildlich, so zu sagen tropisch oder metaphorisch und in iure vorgenommen ist unser *vindicare* alten Sinnes nicht »nackte Gewaltthat«. Ist denn eine dem festucam imponere vorausgehende negative Einlassung des Beklagten, ist die Behauptung *hunc ego hominem ex iure Quiritium tuum esse nego* nicht eine Rechtsbehauptung? Und ist, wenn diese Behauptung wahr ist, des Beklagten Gewaltthat nicht gerechtfertigt? Dann erfolgt doch wohl auch die Rechtsbehauptung zur Rechtfertigung und fehlt es der Gewaltthat nicht an der Rechtfertigungsbehauptung. »Unwesentlich« ist auch für Brinz, »ob man die Rechtsbehauptung mit in den Begriff von *vindicare* hinein, oder uranfänglich nur zu diesem hinzugedacht habe.« Gleichgültig ist aber auch, ob man des Beklagten Werk als bloße Abwehr, oder aber als Gegenangriff auffasst. Gegenangriff ist es, insofern der Beklagte sich mit *ecce tibi vindictam* wider den Kläger wendet; Abwehr ist es, insofern der Beklagte mittelst desselben zu hindern sucht, wonach der Kläger trachtet, zumal wenn man den Beklagten in dem vom Kläger erstrebten Besitz denkt. Wie Gaius die beiden Werke auffasst, spricht er nicht aus. Die Möglichkeit *vindicare* auch von abwehrender Gewalt zu verstehen, folgt nicht bloß aus der Etymologie, wie sie O. Müller bestimmt hat, während die Ableitungen Anderer, wie Corssen und Christiansen, nicht auf die ältesten Anwendungsfälle

des Wortes passen, sondern ergibt sich auch z. B. aus Plaut. Rud. III 2, 4. — »Je wahrscheinlicher es demnach ist,« schliesst Brinz seine sprachliche Einwendung, »dass die *vindicatio* in der Rechtssprache stets einen auf Recht gestützten Act (*actus legitimus*) bedeutet . . . habe, um so unverdächtiger wird des Gaius Bemerkung, dass der Beklagte seine *vindicatio* mit denselben Worten vornahm wie der Kläger.« Das im Vordersatz Ausgesprochene ist mir mehr als wahrscheinlich. Allein ein auf Recht gestützter Act muss nicht auf ein Recht (eine privatrechtliche Befugnis) gestützt sein. Der Abwehr wider den Angriff, der *vindicatio*, steht schon das *ius naturae* (Cic. de Inv. II 22 u. 53) rechtfertigend zur Seite, »gleichsam ein moralisches Repercussionsgesetz.« Darum — nur ein *argumentum ad hominem* — sagt auch der Beklagte, wo er die Rechtmässigkeit seiner Handlung nachträglich declarirt: *ius feci sicut vindictam inposui*, verweist also blos auf seine *vindictae inpositio*, und sagt nicht *ius feci sicut vindicavi* (auch nicht *sicut dixi et vindictam inposui*) wie er zu sagen hätte, wenn er zur Rechtfertigung seiner Handlung ein Recht behauptet haben müsste und die Vorstellung solcher Behauptung mit dem alten *vindicare* verbunden wäre. — Um wie viel mehr ist nun aber die Abwehr wider den Angriff gerechtfertigt, wenn sie gar begleitet wird von der Verneinung des Rechts zum ersten Angriff und so gleichsam unter feierlichem rechtlichem Protest erfolgt. Von dem festgehaltenen oder zugegebenen Vordersatz bei Brinz kommen wir zu einem entgegengesetzten Schluss. Je sicherer auch das *vindicare* alten Sinnes als im Rechtsprocess gebrauchtes Wort den Gedanken an Justificirung herausforderte, um so eher konnte Gaius zu seinem Irrthum kommen auf Seiten des Beklagten ebendieselbe Justificationsart anzunehmen, wie die von ihm auf Seiten des Klägers erkannte.

§ 19. Des Weiteren will Brinz (S. 107. 108) nicht

durchdringen lassen, dass aus der einseitig vom Kläger an den Beklagten gerichteten Aufforderung die *causa vindicandi* anzugeben, geschlossen werde, für das *vindicare* sei nicht schon vorher eine *causa*, somit auch nicht Eigenthumsrecht als *causa* angegeben worden. Brinz erklärt es für möglich, dass mit *Postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* »nach nichts gefragt wird; dass Postulant nichts erfahren will, das er nicht schon wüsste, sondern hören, was er schon weiss oder zu wissen vorgibt, und was er Böses seinem Gegner in die Seele schiebt; Beklagter soll eingestehen, aus was für einem Grunde er vindicirt, eingestehen, dass er *sine causa* oder *ex iniusta causa*, dass er *iniuria* vindicirt habe.« Zunächst lässt sich nicht ohne Weiteres verstehen, warum, wenn der angeführte Gedanke der richtige ist, er nicht seinen treffenden sprachlichen Ausdruck gefunden hat als: *Postulo anne dicas*, besser noch *confitearis te iniuria vindicavisse*. Ferner ist zu betonen, dass jede Formel ursprünglich einen rechten Sinn oder Zweck gehabt haben muss, den sie nur mit der Zeit einbüssen kann, wodurch sie zur blossen Formel und damit möglicherweise Gegenstand des Spottes wird; man denke z. B. an das Schicksal der Formel »von Gottes Gnaden.« Aber — so fragen wir hier, nach dem ursprünglichen Zweck verlangend — wozu hören wollen, was man nicht wissen will, weil man es weiss, oder zu wissen vorgibt? und warum sagt der Kläger »was er vom Beklagten hören will, aber nicht zu hören bekommt«, wie er es nachher selber sagt, nicht alsbald selber, behauptet nicht gleich nach dem *mittite ambo* sein *Quando tu iniuria vindicavisti?* und warum ist die Postulation solchen Sinnes einseitig, warum will nicht auch der Beklagte den Kläger eingestehen hören? wenn man nicht gar fragen will, warum will dies nicht nur der Beklagte? Brinz meint seine Auffassung werde einigermassen wahrscheinlich dadurch, dass Beklagter das Gegentheil von dem sagt, was Kläger von

ihm hören will. Aber dass *ius feci sicut vindictam inposui* dies Gegentheil sei, können wir doch nur sagen, wenn wir wissen, was Kläger von ihm hören will und dies steht eben hier in Frage. Und ist es denn nicht ebenso wahrscheinlich, dass Beklagter nur nicht sagt, was Kläger von ihm hören will, als dass er das Gegentheil davon sagt?

Die Hervorhebung der Einseitigkeit des Verlangens nach einem Grund des vindicare wird von Eisele a. a. O. S. 514 gebilligt. Wie er damit die Eigenthumsbehauptung des Beklagten noch für vereinbar halten kann, vermag ich nicht zu verstehen. Gern hätte ich es erklärt gesehen, wie der Kläger nach einem Grund des beklagtischen vindicare noch fragen kann, wenn der Beklagte mit der Eigenthumsgegnungsbehauptung bereits einen angegeben hat. — An einer anderen Stelle (S. 516) räumt Eisele ein, positiv scheine für meine Auffassung das *Postulo* . . . zu sprechen, wenn einseitig gedacht und in meinem Sinn verstanden, welchem er selbst nicht entgegentritt. Nur gegen den von mir angegebenen Zweck des *Postulo* . . . erhebt er ein Bedenken, ohne einen anderen dafür vorzuschlagen. Die Aufforderung, so meinte und meine ich, geschieht in des Klägers Interesse; er will erfahren, ob nicht sein Gegner etwa auch ex causa dominii vindicavit, um im Fall der Bejahung nochmals zu überlegen; zu überlegen, ob er den Kampf fortsetzen, oder aber von ihm abstehen soll, weil seinem Anspruch ein ihn paralysirender oder ein gleich bedeutender Anspruch entgegengesetzt worden ist und einen solchen entgegenzusetzen der Beklagte sich im Stande gesehen hat. Welches ist nun Eiseles Bedenken? »dass dieser an sich ja ganz berechnigte Zweck regelmässig nicht erreicht wird.« Allein es braucht bloß gezeigt zu werden, dass dieser Zweck erreicht werden kann. Dass das *Postulo* . . . blosser Formel geworden ist (schon zu Ciceros Zeit kaum mehr sinnvoll), dass der Beklagte nach der letzten von Gaius über-

lieferten Fassung des Formulars der klägerischen Aufforderung nicht entspricht, ist keineswegs ein Grund dagegen, dass die Einführung der Formel *Postulo* . . . also diese Formel ursprünglich den angegebenen Zweck gehabt hat und seine Erreichbarkeit auch praktisch bethätigt worden ist. An analogen Fällen fehlt es nicht; würde doch auch der ursprüngliche Zweck einer Eidesformel, besonders starke Bekräftigung der Wahrheit zu sein, als dieser Zweck nicht in Frage gestellt, wenn sich ergäbe, dass er regelmässig nicht erreicht wird.

§ 20. Der Umstand, dass das Verlangen nach Angabe der *causa vindicandi* von und nur von dem Kläger an den Beklagten gerichtet wird, schliesst eine vorausgehende Eigenthumsbehauptung des Beklagten als zur ursprünglichen Anlage des Formulars der *sacramenti a. in rem* gehörig aus. Die veroneser Gaiushandschrift liefert den Text *Qui prior vindicabat: Postulo anne dicas* . . . , an welchem, da er nicht unerträglich, Heffter festhalten mochte. Längst ist hier eine Lücke vermuthet worden und nach Eisele (S. 514) ist es sicher, dass der Schreiber des Codex vor *postulo* Etwas ausgelassen hat. Da durch die überlieferte Lesart zunächst, d. h. wenn wir unbefangen lesen, nur unser grammaticalisches oder Stilgefühl afficirt wird, welches ein die ipsissima verba einführendes Prädicat vermisst, so darf auch zunächst nur die Conjectur zum Worte kommen, welche die jenem Gefühl anstössige Breviloquenz der überlieferten Fassung aufhebt und zugleich den Schreibfehler erklärlich macht, also z. B. *qui prior vindicabat dicebat*, oder nach Brinz *vindicabat aiebat*, welch letztere Wortform Gaius nicht geläufig ist. Dahingegen hat Huschke, *Multa* S. 430 N. 207 die hier zum Emendiren gebotene Gelegenheit benutzt, um auch den überlieferten Sinn, nicht blos den Stil zu ändern. Er liest *qui prior vindica(verat ita adversarium et rursus post is alterum interroga)bat* mit der Erklärung: »schon an sich wahrscheinlicher fiel aber folgende ganze

Zeile aus.« Diese Conjectur ist mit mehreren, hier nicht zu wiederholenden Gründen bekämpft worden (Zur l. a. s. i. r. S. 25 u. § 24), damit so viel als möglich verhindert werde, dass sich ein Gaius und dem guten Sinn schädlicher moderner Zusatz ohne Einspruch das Bürgerrecht ersitze. Gleichwohl bezeugt Eisele (S. 514 vgl. 516 oben) noch etwas Neigung jene untergrabene Conjectur festzuhalten.

Es ist früher neben Anderem geltend gemacht worden, dass die von Huschke »Zur Pandektenkritik« aufgestellten Grundsätze »im Wesentlichen« auch auf die Gaiuskritik Anwendung leiden, bei der obigen Conjectur aber nicht befolgt seien. Eisele meint dagegen, es können diese Grundsätze »kaum angerufen werden, denn die Schreiber des Florentinus waren ungleich sorgfältiger, als der unseres Veronensis.« Freilich hat Huschke, wo er sein Resultat angibt (a. a. O. S. 12) und wo er die übliche Textkritik im Allgemeinen beurtheilt (S. 2), den Pandektentext im Auge. Allein es heisst daselbst auch: »Dazu (nämlich zur Erkenntniss wirklich vorhandener Fehler) gelangt man nur, wenn man den Massstab anlegt, ob der Schriftsteller nach dem, was der sorgfältig erforschte Gedanke und Zusammenhang jeder Stelle theils mit dem übrigen Inhalt, theils mit andern Stellen und dem gesammten Rechte ergibt, angemessener und natürlicher Weise so wie die Ueberlieferung lautet sich ausgesprochen haben könne . . .« und: »Nach der anderen Seite tragen unsere Conjecturen zur Heilung wirklich verderbter Texte im Ganzen noch zu sehr den Charakter der Willkür und blosser kritischer Einfälle, während doch eine wissenschaftliche Kritik, um von ihren Operationen, soweit dies überhaupt auf dem Felde der Wahrscheinlichkeit möglich, zu überzeugen, den Nachweis führen muss, wie der auf eine bestimmte Weise angeblich geheilte Fehler sich erkläre und die hergestellte Lesart wirklich allen Anstoss behebe.« Nach den hier an-

gezogenen Worten dürfte es hinreichend deutlich sein, dass die von Huschke aufgestellten kritischen Grundsätze allgemein und umfassend genug sind, um nicht auf den Pandektentext eingeschränkt werden zu müssen, dass sie »im Wesentlichen« vielmehr auch auf die Kritik des Gaiustextes angewandt werden können. Die Verschiedenheit in der Sorgfalt der Schreiber des Florentinus und der Schreiber des Veronensis ermöglicht nicht von den Principien »einer wissenschaftlichen Kritik« abzugehen, sondern gestattet höchstens ein Nachlassen in der Strenge ihrer Handhabung.

»Auch der Einwand, fährt Eisele mit Brinz' Beifall fort, dass Huschke mehr als eine ganze Zeile einschalte, geht fehl: woher weiss denn der Verf. wie viele Buchstaben eine Zeile in der vom Schreiber copirten Vorlage, auf die es doch allein ankommt, gehabt hat?« Allein jener Einwand trifft, wenn irgend einer. Woher weiss denn Huschke wie viele Buchstaben eine Zeile der copirten Vorlage gehabt hat? Es ist dies einer der Punkte, wo Huschkes Wissen nicht weiter reicht, als das meinige. Wenn Huschke das Mass einer Zeile aufstellt und damit misst, ohne es zu kennen, so werfen wir diese Aufstellung und Messung um, sobald wir behaupten, das Einzuschaltende sei Mehr als eine Zeile. Bis auf Weiteres steht es Jedermann frei sich die Vorlagezeilen so gross und so klein zu denken, als er will; er kann sie sich also auch so gross wie die Copiezeilen denken. Jedem, der Auslassung einer Zeile behauptet, kann man bis auf Weiteres den vernichtenden Einwand machen, dass das angeblich Ausgelassene für eine Zeile zu Viel oder zu Wenig sei. Soll eine Conjecturalkritik Platz greifen dürfen, die sich auf festem Boden und zu der ihr gefälligen Sinnesänderung befugt glaubt, wenn sie nur zeigen kann, dass die angeblich ausgelassene Zeile ebenso oder ähnlich endigt wie die vorausgehende, oder aber ebenso oder ähnlich anfängt wie die nachfolgende, dann

wird der ohnehin genug unsichere Text vollends allen Halt verlieren. Es kostet dann nur noch einen kleinen Schritt, der nicht principiell zu verwehren ist, und Jeder kann sich mit den ihm zusagenden Ingredienzien einen Gaius nach seinem Geschmack herstellen. Es wird z. B. die Auslassung einer Zeile des Originals unter zwanzig Fällen in neunzehn eine Anstössigkeit in der vorliegenden Darstellung zur Folge haben, in einem zwanzigsten aber könnte auch ohne solche eine Zeile ausgelassen sein. Der Fall ist somit nicht wahrscheinlich, aber auch nicht unmöglich, und am wenigsten unwahrscheinlich, wann die Unverdächtigkeit der Fassung durch Anstössigkeit des Inhalts wettgemacht wird. Also wenn es nicht ohne ihn gehen will, setzen wir ihn, kann doch Niemand etwas Sicheres entgegensetzen: »Schon vorher wird in Ga. IV 16 eine Zeile ausgelassen worden sein und gelesen werden müssen: *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat | cum autem hoc necesse non esset non utique eadem semper dicebat | cum uterque vindicasset . . .* wird doch hier durch doppelte Uebereinstimmung der Zweifel beschwichtigt!«

Neuerdings ist von Polenaar, *Ad Gai institutionum codicem Veronensem* in der *Mnemosyne* a. 1876 p. 113 sqq. ein Weiteres geschehen zur Feststellung eines Bildes der Vorlage. Er führt aus, dass die veroneser Handschrift aus einem Codex stamme, in welchem ein ausgedehnterer Gebrauch von Abkürzungen gemacht war, und dass die Schreiber unserer Handschrift sich auf dieselben nicht verstanden. vgl. Studemund in seiner und Krügers *Gaiusausgabe* p. VII. Ferner aber äussert und begründet er mit manchmal verwegendem Scharfsinn die Vermuthung, dass die Vorlage Zeilen von neunzehn Buchstaben gehabt habe. Gross wäre der Werth einer solchen Entdeckung für die Gaiuskritik, aber es scheint noch Manches zu fehlen, dass sie für gemacht gelten könnte. vgl. Studemund l. c. p. IX Note. Es fehlt uns die sichere

Kenntniss, wie dieses und jenes Wort in der Vorlage abgekürzt war, wenngleich die Abkürzungsweise vieler Wörter ausgemacht sein mag, und ob ferner in der Abkürzung Constanz herrschte, welche in unserer Copie nicht herrscht, jedoch von Studemund (l. c. p. VII) für die Vorlage nicht bezweifelt wird. Und wenn wir uns jene Kenntniss zuschreiben, so mangelt noch die Gewissheit, ob alle Zeilen gleich gross waren. Denn wenn auch viele aus neunzehn Buchstaben bestanden haben sollten, so könnte doch die eine oder die andere mehr oder weniger enthalten haben, wie dies entsprechend in unserer Copie der Fall ist. Neunzehn wäre also nur die gewöhnliche oder durchschnittliche Letternzahl, was für Conjecturen nur einen annähernden Massstab gibt. Auch ist ferner was Polenaar für nothwendig hält nur wahrscheinlich, dass nämlich beispielsweise der fünfte Buchstabe einer Zeile vertical über dem fünften der folgenden Zeile stand, und daher Abirrung leicht vorkommen konnte; auch der Schreiber der Vorlage kann Verzierungen angebracht und Plätze frei gelassen haben. Endlich erklärt Polenaar auch die Vorlage nicht für fehlerfrei und operirt selbst mit der Annahme von Fehlern. Wenn aber auch alle Bedenken bei Seite gelassen werden und mit neunzehn Lettern gemessen wird, so lässt sich, dünkt mir, keine verständige Abkürzungsart denken, bei welcher die von Huschke behauptete Wahrscheinlichkeit, dass eine Zeile der Vorlage ausgefallen sei, bestehen kann.

§ 21. Im Anschluss an den gajanischen Text nimmt Brinz (S. 110) mit mir an, dass »die Provocationsbegründung durch den Unrechtsvorwurf« d. i. die Behauptung *quando tu iniuria vindicavisti* . . . eine einseitige gewesen sei. Hingegen will er nicht gelten lassen, dass darin ein Argument wider die Eigenthumsgegenbehauptung des Beklagten erblickt werde. Denn nicht nur lasse sich denken, dass Kläger allein

dem Beklagten Unrecht vorwirft, es sei sogar der Kläger dem Beklagten mit mehr Grund Unrecht vorzuwerfen veranlasst, wenn dieser sich selbst ein Recht beimisst, als wenn er bloß das des Klägers in Abrede stellt. Des Vindicanten Eigenthum nämlich sei »für den Beklagten ein *factum alienum*, ein Gegenstand entschuldbaren Irrthums, und ihm, der zwischen Verneinung und Verurtheilung keine Wahl hat, die Verneinung allgemein, ohne Rücksicht auf die Fälle, in denen er von der Existenz des klägerischen Rechts nichts wissen konnte, musste, oder in denen er zweifeln durfte, typisch als Unrecht vorwerfen zu lassen, wäre wohl unpassend gewesen. Ganz anders wenn er das Recht selbst für sich in Anspruch genommen hatte.« Hatte er nun aber dies gethan, dann ist — um einmal bei Brinz' Auffassung und mit Verlaub auch bei seinem Ausdruck zu bleiben — des Beklagten Eigenthum für den Kläger ein *factum alienum*, ein Gegenstand entschuldbaren Irrthums. Den Kläger nun zu nöthigen, dem Beklagten dessen Bejahung oder Eigenthumsbehauptung allgemein, ohne Rücksicht auf die Fälle, in denen er, Kläger, von der Existenz des beklagtischen Rechts nichts wissen konnte, musste, oder in denen er zweifeln durfte, typisch als Unrecht vorzuwerfen, wäre wohl unpassend gewesen. Ganz anders wenn der Beklagte des Klägers Recht nur verneint hatte, denn dann gründet sich des Klägers Vorwurf auf einen Umstand, der ihm nicht *factum alienum* ist, nämlich sein Eigenthumsrecht.

Brinz' Argumentation setzt voraus, dass dem Beklagten sein Thun als ein schuldhaftes Unrecht, als eine Schuld vorgehalten, dass ihm also seine bejahende oder verneinende Behauptung als solche zum Vorwurf gemacht werde, wonach, nur den Beklagten angesehen, ein solcher Vorwurf eher am Platze wäre, wenn der Beklagte (fälschlich) Etwas behauptet hatte, das er wissen musste, als wenn er (fälschlich) Etwas

behauptet hatte, das er auch nicht wissen konnte. Die letztere Consequenz braucht nicht weiter geprüft zu werden, denn Brinz selbst macht sich alsbald den peremptorischen Einwand, dass *iniuria* auch gleich *non iure* sein könne — also wirklich das Gegentheil des vorausgehenden *ius feci* — und dass danach mit *quando tu iniuria vindicavisti* nicht die Thatsache für sich des vindicare als Unrecht vorgehalten, sondern nur ihr Wie, also das vindicare als *non iure* geschehen hingestellt werde. Brinz unterlässt denn auch nicht auszusprechen, dass *iniuria* »ein auf die blosse Negation sowohl, als auf die Eigenthumsgegenbehauptung passendes *non iure* sein könne.« Dazu kommt, dass schwerlich Jemand, ich gewiss nicht, das *quando tu iniuria vindicavisti* so verstehen mag, dass damit die Verneinung des klägerischen Eigenthums als ein Unrecht, oder aber als mit Unrecht geschehen vorgeworfen werde. Denn *vindicare* heisst nirgends Eigenthum verneinen. Wohl aber hat man allen Grund anzunehmen, dass das Formelwort *vindicavisti* in der Formel den alten und in alter Zeit allein passenden Sinn hat, also die wörtliche und werththätige Scheingewalt bezeichnet, mit welcher der Beklagte dem Kläger entgegengetreten ist. Solches vindicare des Beklagten ist *iniuria* geschehen, wenn der Kläger Eigenthumsrecht hat, und bei diesem Sinn schliesst sich *iniuria vindicavisti* an *ius feci sicut vindictam inposui* an. *

Erheblicher ist hier, dass ich einen Schluss wider die Eigenthumsgegenbehauptung gar nicht aus dem Umstand allein oder für sich gezogen habe, dass die Provocationsbegründung einseitig ist. Die unzweifelhafte Einseitigkeit der Letzteren veranlasst die Frage, warum nicht auch der Beklagte seine Provocation, und warum er sie nicht ebenso begründet. Dies ist unabhängig von dem Problem, wozu im Besondern provocirt wurde, ob *sacramento* Dativ oder Ablativ und was das *Sacramentum* sei. Es führt aber auf die Frage, ob denn

das vom Kläger ausgesprochene *quando tu iniuria vindicavisti* weiter Nichts sei, als Begründung der Provocation, ob es nicht vielleicht nicht blos das warum, sondern zugleich auch das worum herausgefordert wird, worum also auch gestritten, zunächst das sacramentum bestellt werden soll. Dass dem so sei, ist früher (Zur l. a. s. § 14) mit mehreren Gründen geltend gemacht worden. Es hat sich dort Folgendes ergeben: Wenn der Kläger seine Herausforderung — wodurch er, wenn sie nicht schon Einsatz ist, sich doch zum Einsatz anheischig macht — wenn er seine Herausforderung mit einer Thesis motivirt und einleitet, welche notorisch vom Gegner bestritten ist (arg. *ius feci.*.), so muss dies in dem Sinne geschehen, dass er, um von seinem Standpunkt für diese Thesis streiten und für dieselbe sacramentum riskiren will. Und wenn der Beklagte auf das sacramento contendere, zu welchem (was auch *sacramento provoco* wörtlich bedeuten mag) er herausgefordert worden ist, eingeht, wodurch immer er seine Bereitwilligkeit erklärt (etwa auch durch Herausforderung): dann kann er, der nicht eine neue Thesis in's Feld stellt und doch die des Gegners bestreitet, nur um von seinem Standpunkt gegen die klägerische Thesis streiten und wider dieselbe sacramentum riskiren wollen.

Aus der anderen, dem Legisactionenprocess angehörigen, von Probus erhaltenen Provocationsformel: *quando negas te sacramento quingenario provoco* lässt sich ein Einwand gegen die vorgetragene Auffassung nicht entnehmen. Es ist kein Einwand, dass diese Formel die Annahme nicht erlaubt, es erfolge hier das sacramento contendere um das vom Kläger behauptete negare. *Quando negas* gibt nur Voraussetzung und Motiv der Herausforderung an. Um das negare kann nämlich nicht gestritten werden, es ist eine Thatsache, welche wirklich stattgefunden hat, anders als das iniuria vindicare, welches einstweilen nur kraft subjectiven Urtheils des Klägers besteht

und worum daher gestritten werden kann. Auch darf ferner der vorgetragenen Auffassung nicht entgegnet werden, dass in einigen anderen Formeln, welche eine mit *quando* eingeleitete Begründung geben, nicht mehr als eine Begründung zu sehen ist, vgl. Festus p. 259 M. (v. *quando*) und z. B. *quando neque ais* bei Probus; *quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis* . . bei Paul. III 4^a, 7; und vielleicht *quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium decem milia, quandoc non solvisti* . . Ga. IV 21, vielleicht auch *quando in iure te conspicio* bei Cic. pro Mur. 12 und Probus. Denn jene Auffassung stützt sich nicht auf das Wort *quando*, sondern auf den Zusammenhang und Sinn des Ganzen. Zur ihrer Erläuterung können die certa verba (Vat. 318) oder Formeln dienen, mit denen ein cognitor bestellt wird, als: *quod ego a te fundum peto, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do* und *quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi P. Mevium cognitorem do*. Ga. IV 83. In diesen Formeln wird in den mit *quod* und beziehungsweise mit *quia* beginnenden Nebensätzen der Grund für das *cognitorem do* ausgesprochen. Aber weder der Kläger noch der Beklagte gibt mit *quod ego a te fundum peto*, und beziehungsweise *quia tu a me fundum petis* nur das an, warum, sondern zugleich auch das, worum oder wofür er den cognitor bestellt, also nicht blos sein Motiv für die Bestellung. Wenn man diese Deutung durch das Vorkommen der Worte *in eam rem* unterstützt findet, so kann man einen Augenblick versucht sein, sich für die obige Auffassung der Provocationsformel nach einem ähnlichen sprachlichen Anhalt umzusehen. Man würde sich dann in Vermuthungen ergehen, ob nicht Ga. Ver. p. 193, 24, welche Zeile nicht ausgefüllt ist, Mehr als sichtbar ist enthalten habe, oder zu enthalten bestimmt gewesen sei. Es könnte nämlich der Abschreiber den nachfolgenden etwa auch in der Vorlage hervorragenden Buchstaben D für den Anfang

eines neuen Paragraphen gehalten, darum auch, wie er that, nach *vindicavisti* interpungirt, das dem D unmittelbar Vorausgehende aber (wenn nicht *de hac re*, so doch Aehnliches) als Rubrik des neuen Paragraphen angesehen haben, die er mit nicht mehr zum Vorschein kommendem Mennig angegeben, oder für deren spätere Angabe er Raum frei gelassen hätte. Vgl. Studemund, Apographum, Prooemium p. XXVIII al. 2 und Huschke in der diss. praevia seiner Gaiusausgabe p. 20 vv. Quid? quod adeo eius scriptor stipes fuit etc. Indessen bedarf es für einen sich so leicht schon aus dem überlieferten Text ergebenden und so einleuchtenden Sinn, wie der dargelegte, nicht erst eines durch 'vage Vermathung ergänzten Textes.

§ 22. Ist nun nach dem überlieferten Texte das *quando tu iniuria vindicavisti* Grund der Streitaufforderung, somit Streitgrund, ist es nur einerseits ausgesprochen und für die andere Seite nicht ebenso zu suppliren (Zur l. a. s. S. 57. 58), dann ist die Unrechtmässigkeit des beklagtischen Vindicirens das, worum das *sacramento contendere* Statt findet. Dann wird aber vom Kläger ein *sacramentum* für diese von ihm aufgestellte Behauptung der Unrechtmässigkeit (der Sache nach eine Wiederholung seiner Eigenthumsbehauptung), vom Beklagten ein *sacramentum* wider diese klägerische Behauptung der Unrechtmässigkeit, also für deren Verneinung eingesetzt. Dann ergibt sich aber mit voller Schlüssigkeit, dass für den Sacramentsstreit, den Kern des *lege agere sacramento* wie der *sacramenti actio in rem*, zwei positive und nicht contradictorische Behauptungen nicht erforderlich sind, mithin auch nicht vorher nothwendig gewesen sein können. Freilich kann danach noch eine Eigenthumsgegenbehauptung des Beklagten vorausgegangen sein, wenn aber auf sie keine Rücksicht genommen wird, wo es zum Sacramentsstreit kommt, so muss sie nicht vorausgegangen sein. Allerdings ist also, was Eisele (S. 514) einwendet, eine vorausgehende Eigenthumsbehauptung

des Beklagten nicht gerade unerschütterl. wird, aber ist unternommen eine vorläufige Vorangehende. Dem Vorwurf der Verletzung eines nicht ausschliessenden Eigenthumsbegriffes beschränkt auch noch Einiges Schlussbemerkung S. 517 und hier unten § 13. wo er in Aussicht stellt, es werden gleich die weiteren Brinz in rem zur wider sein kommen. Der schon wieder Eigenthum behauptet hat, so sollte sich fragen, warum er nicht in der Sache eigene Eigenthum behauptet muss, wenn er in eine solche Behauptung zu stehen nicht gezwungen wird für dieselbe aber auch nicht ohne Beweis stehen muss. — Dass es *quando t. i. r.* in *quando t. i. r.* nicht von Eigenthumsbehauptung zu verstehen ist, ist schon oben vorgekommen und anderwärts erklärt worden. Wäre es ja von Eigenthumsbehauptung zu verstehen, dann würde auch nicht abzusehen sein, warum nicht vielmehr des Klägers Eigenthumsbehauptung, welche doch die principale, den Streit betreffende ist, zum Gegenstand des Sacramentsstreits gemacht ist, wirklich, wie sie es jetzt nur der Sache nach ist. — Uebrigens hat schon Glogert, krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 540 I so Viel doch bemerkt, dass der Sacramentsstreit formell um die Unrechtmässigkeit des Vindicirens geführt wird, aber beider Parteien, wie er irrigtümlich meint, und dass die Entscheidung allein davon abhängt, ob die Sache im Eigenthum des Klägers steht. Diese dogmengeschichtliche Notiz habe ich Wach's Nachrichten zu seiner Ausgabe von Keller's Civilprocess zu verdanken.

Der Werth der Provocationsformeln für das Verständniss der *sacramenti actio in rem* pflegt unterschätzt zu werden, daher sie nochmals besprochen worden sind. Ihm gegenüber war es nicht wohlgethan, dass Brinz S. 112 es bei der Bemerkung bewenden liess: »dahingestellt bleibt auch, dass mit dem *quando t. i. r.* mehr als der Grund der Provocation habe ausgedrückt werden sollen,« und sich gegen Ende seiner

Abhandlung (S. 146) wiederum nur zu der Concession verstand, L. wäre vielleicht auch darin im Rechte, »dass er in diesem Vorwurf nicht blos das Motiv, sondern auch den Gegenstand oder Stichpunkt der Provocation sieht, wornach denn auch eine Wette, und Eine Wette und Eine Provocation vorläge.« Andererseits geht aus der Erörterung von S. 113 u. bis 117 u. hervor, dass sich Brinz der Frage, wofür die Einsätze gemacht werden und der Wichtigkeit dieser Frage für die Erkenntniss des ganzen Verfahrens wohl bewusst war. Aber merkwürdiger Weise behandelt er diese Frage nicht inductiv d. h. ausgehend von den Formeln der legis actio, sondern vielmehr gleichsam a priori. Von einem oder von dem Begriff der Wette ausgehend kommt er, wenn in der beiderseitigen Deposition oder Verbürgung der Sacramentssummen eine Wette erblickt wird, zu dem Schluss, dass in unserem Vindicationsproccesse nur Eine Wette Statt gefunden habe. Denn Eine Wette gibt zwei Einsätze, zwei Wetten geben vier, in unserem Process aber kommen nur zwei Einsätze zum Vorschein. Aus der Einen Wette lässt dann Brinz mit Nothwendigkeit folgen, »dass in Wahrheit nur Provocation und Annahme, nicht Provocation und Provocation stattgefunden haben. Dann folgt Alles was L. will. Dann kann auch nur Eigenthumsbehauptung und Verneinung, nicht Eigenthumsbehauptung und Gegenbehauptung den Streit gebildet haben« u. s. f.; was freilich den Worten widerspricht, welche den vorhin aus S. 146 excerptirten folgen, nämlich: »Allein die Eigenthumsbehauptung wäre gleichwohl eine beiderseitige, die Contravindication immerhin Eigenthumsgegenbehauptung.«

Weiterhin zieht Brinz seine Voraussetzung, dass das *sacramento contendere* wetten sei, in Zweifel, um sie endlich fallen zu lassen. Die Processwette könne Succumbenzstrafe, das *Sacramentum Succumbenz-* und Wettsumme zugleich sein. Allein wie die Processwette in der Bestimmung Processstrafe

zu sein nicht aufgehe (zu denken an die sponsio praeiudicialis), so brauche umgekehrt die Processstrafe, die Succumbenzstrafe nicht überall auf Wette zu beruhen oder eine Wette zu enthalten. Wenn also Gaius (IV 13) die Sacramentssumme mit der Summe der sponsio poenalis zusammenstelle, so könne er sie als Succumbenzgelder zusammengestellt haben, »ohne desswegen auch die Sacramentssumme als Wettsumme, oder in der beiderseitigen Sacramentsprovocation ebenso wie in der sponsio und restipulatio poenalis eine Wette zu denken.« Sollte es vorkommen, dass mit Position und Position gestritten wird, dann könne zwar auf jeder dieser beiden Positionen eine Succumbenzstrafe stehen, allein von einer Wette könne hier keine Rede sein. »Darnach bleibt immer noch möglich, dass in unserem Vindicationsprocesse nur mit Position und Negation gestritten wurde; allein daraus, dass je ein Sacramentum gesetzt wurde, dürfen wir nicht schliessen: weder dass nur Eine Provocation und Eine Wette, noch dass überhaupt eine Wette, und nur mit Ja und Nein gestritten wurde.« Solchen Schluss wird gewiss Jeder ablehnen.

Statt zu untersuchen, ob die beiderseitigen Provocationen Provocationen für zwei Positionen sind, einen Streit um zwei Positionen einleiten, erörtert Brinz die Frage, ob wir in dem sacramento contendere ein Wetten, oder aber nur ein Streiten mit Succumbenzstrafe zu sehen haben, um erst von der Entscheidung dieser Frage auf die Erörterung jener ersteren zu kommen. Aber dass wir nicht auch von einer Wette sprechen können, lässt umgekehrt sich erst entscheiden, wenn festgestellt ist, dass sich Position und Position beim Provociren und Einsetzen gegenüberstehen, wo beiderseits nur ein sacramento bestellt wird. Dass aber dieses Sichgegenüberstehen von Position und Position hier nicht Statt findet, zeigen die Provocationsformeln dem unbefangenen wie dem befangenen Betrachter auf einen einzigen Blick.

§ 23. Der Umstand, dass der Beklagte in seiner Antwort *Et ego te, sc. provoco* dem klägerischen Vorwurf der Unrechtmässigkeit nicht auch seinerseits einen Vorwurf entgegen-, also nicht einen neuen Streitpunkt in's Feld stellt und insofern nicht ebenfalls angreift, hat mich früher bestimmt im *Et ego te* Nichts als den Ausdruck der Annahme der klägerischen Herausforderung zu sehen. Die Incongruenz dieser Deutung und der Formel wird von Brinz (S. 113) mit Recht hervorgehoben. Die Sache verhält sich vielmehr folgendermassen. Der Kläger, der mit . . . *provoco* gegen den Beklagten vorgeht, fordert diesen auf Etwas zu thun. Da aber dieses Etwas — was es auch des Genaueren sei — nach dem gesetzlichen Gang des Processes auch von ihm, dem Kläger, gethan werden muss, so macht er sich, wenn er dasselbe nicht schon in oder mit der Aufforderung wirklich thut, zu dem Gleichen anheischig, macht sich das Gleiche zu thun anheischig, was zu thun er den Beklagten auffordert. Wenn nun der Beklagte mit demselben (hinzu zu denkenden) *provoco* antwortet, so hat dies allerdings nicht einen anderen Sinn, als welchen es im Munde des Klägers hat. Es ist danach einmal eine Auf- oder Herausforderung und ferner zugleich Erklärung, dass er zu Etwas bereit sei d. h. er macht sich zugleich zu Etwas anheischig. Dies Etwas kann aber natürlicher Weise und da auch die Formel nicht widerspricht, nichts Anderes sein, als das, wozu ihn der Kläger aufgefordert hat. Insofern erklärt er mit *provoco* stillschweigend auch die Annahme der klägerischen Herausforderung. Da zu den Worten des Beklagten das vom Kläger gesprochene *provoco* zu ergänzen ist, so macht sich der Beklagte, wie gesagt, nicht blos anheischig, sondern fordert auch auf, heraus; und zwar fordert er — wenn wir wiederum das vom Kläger gesprochene *D aeris sacramento provoco* hinzudenken — seinerseits den Kläger auf dasselbe zu thun, wozu schon dieser

ihn herausgefordert und wozu dieser sich bereits in oder mit seiner Herausforderung anheischig gemacht hat. Es bedarf also nicht, wie ich früher verlangt habe, erst noch einer Annahmeerklärung seitens des Klägers, wenn man den Beklagten herausfordern lässt; dieselbe liegt in seiner (des Klägers) Herausforderung, ist mit derselben stillschweigend gegeben, ebenso wie in der Fragestellung des Stipulators die Annahmeerklärung des Versprechens des Promissors liegt. Wohl aber muss der Beklagte, wenn er die klägerische Sacramentsbestellung haben will, seinerseits den Kläger herausfordern; er muss durch seine Herausforderung ausdrücken, dass er das will, wozu der Kläger sich erboten hat. Bei der Äußerung dieses Willens kann der Umstand, dass sich der Kläger schon anheischig gemacht hat, unberücksichtigt bleiben, insofern wiederum, obwohl nicht formell, ein *provoco* ergehen, und durch *et ego* nur das berücksichtigt werden, dass schon der Kläger provocirt oder herausgefordert hat.

Die sonach völlig zutreffende und erschöpfende Ausdrucksweise kommt also mit der des von Cicero mitgetheilten Formulars überein. Der Kläger sagt hier: Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur, eum ego e. i. Q. meum esse aio. Inde ibi ego te ex iure manum consertum voco. Mit diesen Worten fordert der Kläger nicht nur den Beklagten zum manum conserere auf, sondern macht sich auch selbst dazu anheischig. Denn das manum conserere ist, so wenig wie das sacramento contendere, einseitige Handlung (vgl. Varro, L. L. VI § 64 . . . sermo enim non potest in uno homine esse solo, sed ubi oratio cum altero coniuncta; sic conserere manum dicimur cum hoste; sic ex iure manum consertum vocare); wer dazu auffordert, macht sich auch dazu anheischig. Der Beklagte erwidert: Unde tu me ex iure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco. Mit *revoco* nimmt einmal der Beklagte den klägerischen Ruf an; ferner fordert er mit

revoco — nach Kalowas beifallswürdiger Erklärung = wieder, auch seinerseits rufen — den Kläger zu dem auf, wozu sich dieser schon anheischig gemacht hat, und obwohl dies geschehen ist und ohne dass *manum consortum* zu *revoco* hinzugesetzt ist. Endlich wird hier durch *re*, wie dort durch *et ego* nur der Umstand in Bezug genommen, dass schon der Kläger aufgefordert hat. — Die Aehnlichkeit der beiden Formeln ist auch in dem bedeutenderen Punkte vorhanden, dass in beiden die Aufforderung des Beklagten nicht mit einem neuen von dem durch den Kläger angegebenen verschiedenen Umstand motivirt, dass für sie nicht ein neuer Grund angegeben wird. Dass der Beklagte aus ebendemselben Grunde *revocirt*, aus dem der Kläger *vocirt* hat (das angebliche Eigenthumsrecht des Klägers), sagt er in der ciceronianischen Formel ausdrücklich. Dass der Beklagte aus ebendemselben Grunde den Kläger *provocirt*, aus dem der Kläger ihn *provocirt* hat (nämlich die vom Kläger behauptete, vom Beklagten zuvor bestrittene [*ius feci*] Unrechtmässigkeit der beklagtischen Vindication), geht bei der gajanischen Formel daraus hervor, dass der Beklagte nicht einen neuen, anderen Grund und Streitpunkt aufführt, wodurch er auf den vom Kläger vorgebrachten eingeht.

§ 24. Der *Legisactionenprocess* als zweiseitige *Parteihandlung* erreicht, soweit er der in *rem actio sacramenti* eigenthümlich ist, mit der beiderseitigen *Provocation*, mit dem Ausspruch *Et ego te* seinen Abschluss. Denn was nun folgt, ist der in *rem actio* mit der in *personam* gemeinsam (Ga. IV 16 vv. *deinde eadem sequebantur* ...) und das jener eigenthümliche *vindicias dicere* ist magistratisches Decret, nicht mehr processuale *Parteihandlung*. Abgesehen von der nicht durchaus unerträglichen *Stilhärte* *Qui prior vindicabat: Postulo anne dicas* ..., erscheint Gaius' Bericht als klar und als vollständig, macht also weder eine Aenderung noch eine Ergänzung d. h. Vergrössernng des Textes erwünscht oder

gar zum Bedürfniss. Dieser textlich unverdächtige Bericht ist zu den oben §§ 15 19 und 22 dargelegten Schlussfolgerungen für den ersten Theil des Verfahrens, für das Vindicationsverfahren verwandt worden. Dagegen sucht Eisele S. 515 diesen gewichtigen Schlussfolgerungen dadurch den Boden zu entziehen, dass er den überlieferten Text bemängelt, bezweifelt und sogar zu ändern unternimmt. Er erklärt es für »sicher, dass der Bericht über den zweiten Akt der legis actio durch Schuld des Schreibers der Hs. nicht vollständig und insoweit nicht zuverlässig ist, und dass es daher nicht angeht, auf Grund desselben den Bericht über den ersten Act zu corrigiren«. Es wird sich aber zeigen, dass diese Versicherung auf blosser Muthmassung beruht. Dass dies in Ansehung von *qui prior vindicabat: Postulo* ... der Fall ist (auch wenn man ein *dicebat* nach *vindicabat* vermisst und einschiebt) haben wir schon gesehen (§ 20 anfangs). »Ferner aber, meint Eisele, hat der Schreiber vor *scilicet L asses* abermals etwas ausgelassen, ungefähr *et si de re minoris quam M aeris agebatur*, vgl. den entsprechenden Passus in § 15«. Die angezogenen ächten Textworte (*scil. L asses sacramenti nominabant*) sammt den angeblich ausgelassenen gehören weder zum Bericht über den Verlauf der vorher geschilderten und mit *Et ego te* abgeschlossenen Parteiverhandlung, noch enthalten sie ein Stück eines Sacramentsprocesses, sondern geben eine allgemeine Anmerkung über die Höhe des sacramentum, welche vom Sacramentsverfahren überhaupt gilt. Müsste also auch die statuirte, noch nicht erklärte, Auslassung für wahr hingenommen und etwa wie geschehen beseitigt werden, so würde damit die von Eisele verneinte Vollständigkeit und Zuverlässigkeit des gajanischen Berichts über den zweiten Akt der legis actio doch sehr wohl bestehen können und die Grundlage unserer Schlüsse unerschüttert bleiben. vgl. übrigens auch § 25.

Inzwischen, wenn *scil. L asses sacramenti nominabant* abgerissen aussieht, muss dann der Schreiber abgerissen haben? Es könnte ihm doch auch eine abgerissene Bemerkung vorgelegen haben. Diese würde dann freilich nicht von Gaius herrühren, sondern ein Glossem späteren Ursprungs sein, das schon in der Vorlage unserer Handschrift stand, wie dies z. B. von den Worten *id legis actionem facere* auf Ga. Ver. p. 198, 18 Huschke wohl mit Recht annimmt; vgl. überhaupt Studemund in seiner und Krügers Gaiusausgabe p. VII. VIII. Gewährt man eine leichte Aenderung, nämlich statt *scil.* zu lesen *scil. et* — z. B. der Schreiber hat irrtümlich *scilicet* gelesen und dies mit *scil.* abkürzen wollen, um von anderen Erklärungen zu schweigen — dann soll es an Gründen für den Glossemcharakter der Bemerkung nicht fehlen; umgekehrt kann ein Schreib- oder ein Lesefehler bei Abschreibung eines Glossens begangen leichter erklärlich sein z. B. wenn es ausserhalb des Contextes steht, oder auch flüchtiger geschrieben ist. Fortasse tamen *scilicet corruptum est* heisst es in der Gaiusausgabe von Krüger und Studemund. — Die Bemerkung auf p. 194 oben (*scil. L a. s. n.*), dass die Parteien auch das kleinere sacramentum nennen konnten, ist gegenüber der nicht lang vorher p. 191 unten gegebenen Ausführung über die verschiedene Höhe des sacramentum eine Wiederholung. Wiederholungen sind zwar in Gaius' Institutionen nichts Seltenes (vgl. Dernburg, die Institutionen des Gaius S. 40 ff), aber nicht leicht kommt eine Wiederholung in demselben Commentar, nach so kurzem Zwischenraum vor und ohne dass Hervorhebung eines Gegensatzes bezweckt ist. Jedoch ein Beispiel hiervon liefert p. 193: *Illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam (M) aeris agebatur quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse.* Gerade dadurch wird aber die in Rede stehende Bemerkung noch bedenklicher. Sollte Gaius was er erst von

der sacramenti actio überhaupt, dann gelegentlich der s. in personam actio ausgesprochen hat, ein paar Schritte weiter ein drittes Mal bei der s. in rem actio auszusprechen für nöthig gefunden haben? wird doch durch die erste Wiederholung die zweite noch überflüssiger, und nicht umgekehrt erklärlicher. Nöthig nicht, wird man antworten, aber didaktisch nützlich. Näher liegt doch, dass etwa ein eifriger Leser die abgerissene Bemerkung beigelegt hat, der seiner eigenen Kenntniss sich froh bewusst Andere vor dem Irrthum bewahren wollte, dass die in der Provocationsformel der in rem actio genannte Summe die einzig mögliche sei. Denn was, wo und wie wird wiederholt? Was? ein für den Gang der in rem actio gleichgültiger Zahlenumstand, der nachdem er beim Sacramentsverfahren überhaupt vorgekommen und dann unter Verweisung hierauf als bekannt (*ex superioribus intellegimus*) bei einem einzelnen Fall wiederholt worden ist, sich bei der in rem actio leicht von selbst versteht. — Wo? mitten in der Schilderung des Processganges, so dass der Fluss der Rede: *adversarius quoque dicebat similiter: Et ego te. Deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur* störend unterbrochen wird. In Ga. IV 15 folgt die Bemerkung über den Sacramentsbetrag, einmal nachdem die Darstellung des vom Magistrat geleiteten Verfahrens, einschliesslich der Richterbestellung, beendet ist, — denn die Parteiverabredung vor dem bestellten iudex zu erscheinen, dürfen wir um so weniger dazu rechnen, als wir nicht wissen weder wann sie Statt fand, indem bei *comperendum diem* möglicherweise nur vom Zeitpunkt der denunciatio, nicht auch der Richterbestellung gerechnet ist, noch auch wo, also ob sie auch in iure Statt fand, was die von Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II § 21 N. 9 citirten Stellen nicht gewiss machen und wofür ein innerer Grund nicht abzusehen ist, zumal wenn sie lang nach der Richter-

bestellung erfolgen konnte. Ferner erscheint in Ga. IV 15 die Bemerkung über den Sacramentsbetrag nachdem schon eine andere erläuternde, nämlich die historische Angabe über den Einfluss der *lex Pinaria* nachträglich gemacht ist. In Ga. IV 16 dagegen unterbricht die Bemerkung über die Sacramentshöhe die Darstellung des Verfahrens in iure. Denn abgesehen davon, dass mit dem nachfolgenden *deinde eadem sequebantur* . . . vermuthlich die Richterbestellung (vgl. Ga. IV 15 und Ps. Asc. in Verr. II 1, 26) gemeint ist, fallen das *vindicias dicere* wie die Sicherstellung der *sacramenta* noch in den vom Magistrat geleiteten Processabschnitt. Die passendere Stelle von der Möglichkeit geringerer Sacramentshöhe zu reden, wäre für Gaius dort gewesen, wo die Schilderung des Verfahrens beendet ist, wo denn auch die die *festuca* betreffende Erläuterung ihren Platz hat. — Endlich, wie wird wiederholt? Es heisst *L asses sacramenti nominabant*, und nicht *quinquagenarium sacramentum* (Ga. IV 15), auch nicht *L assium sacramentum* oder *L asses sacramento*, das heisst also: »sie nannten die 50 Asse des Sacramentums.« Das klingt nicht lehrhaft, nicht gajanisch, die 50 Asse sind nicht die dem Sacramentum überhaupt eigene Summe. So wird, dünkt mich, viel eher eine fremde Randbemerkung lauten, obwohl die vorliegende Fassung zur Noth sich halten lässt. Dass die Parteien *asses* namhaft gemacht haben sollen, während die Provocationsformeln von *D aeris* und von *quinquagenarium sacramentum* reden, ist auch nicht ohne Bedeutung, wenn man sich des Gebrauchs von *nominare* bei Gaius (II 104, IV 11, 24, 46) erinnert. Mehr noch der Plural *nominabant*. Es ist besser dies auf beide Parteien, als auf die Mehrzahl der Kläger zu beziehen. Nun nennt aber der Beklagte in seiner Provocationsformel gar kein *sacramentum*. Dies muss Wer *nominabant* schrieb übersehen oder für unwichtig gehalten haben. Leichter als Gaius kam dazu der Verfasser

eines Glossems. Zum Letzten darf ich anführen: *Scilicet et L asses sacramenti nominabant* d. h. natürlich, versteht sich nannten sie auch, wenn nämlich der Fall dazu angethan, das Object minder werthvoll war, das kleinere Sacrament; aber *scilicet* leitet in den Schriften des Gaius niemals einen Hauptsatz ein. Wer so schrieb, schrieb anders, als Gaius zu schreiben pflegte, und das war wohl nicht Gaius selbst.

Wem trotz alle dem der Glossemcharakter der besprochenen Bemerkung nicht einleuchtet, der wird uns wenn nicht auch für verpflichtet, doch für berechtigt und fähig halten müssen den vorausgehenden Text als ächten beizubehalten und jedem Versuch ihn mit seinem Sinn zu ändern entgegenzutreten. Ein solcher Versuch liegt nicht in dem Vorschlag, welchen Krüger und Studemund in ihrer Gaiusausgabe machen: *scilicet* (si de re maioris quam M aeris agebatur, D, si de minoris) *L asses sacramenti nominabant*. Insofern kann man sich diesen Vorschlag gefallen lassen. Die Gründe aber, aus denen der Satz *scil. L asses sacramenti nominabant* für nicht von Gaius herrührend zu halten ist, gelten fast alle ebenso von dem »*exempli causa*« vergrösserten Satze. Insofern ist dieser Vorschlag nicht annehmbar. Uebrigens gibt Studemund, der nun eine grössere Zahl nichtgajanischer Zusätze anzunehmen scheint als früher (vgl. die Gaiusausgabe p. VIII al.), ausdrücklich zu, dass der Glosseme mehr sein könnten, denn in seiner Ausgabe angedeutet sind.

Eisele hingegen bezweifelt den vorausgehenden Text, indem er von der Provocationsformel des Beklagten folgendermassen urtheilt: »Diese kann aber nicht blos gelautet haben *et ego te*. Das wäre mehr im Stile des *immo meus* als im Legisactionenstil, und dann ist aus *nominabant* deutlich zu ersehen, dass in der Provocation beider Parteien die Sacramentssumme angegeben wurde.« Das erste Argument für die behauptete Unmöglichkeit ist subjectiv. Hundert Andere,

neuestens Studemund und Krüger, haben *et ego te* (oder *similiter ego te*) für Legisactionenstil angesehen. Sollten gleich die übrigen Legisactionenformeln als wortreich erscheinen, so kann doch die letzte, die bloß Bekundung der Bereitwilligkeit auf den angetragenen Sacramentsstreit einzugehen bezweckt, kurz ausfallen, wie auf eine lange Stipulationsfrage ein blosses *spondeo* folgen kann. Nicht der Stil für sich ist es, was *inmo meus* dem Formular der legis actio fremdartig macht, also hat etwaige diesbezügliche Aehnlichkeit von *et ego te* Nichts zu bedeuten. Dass übrigens *Et ego te* altrömischer Stil sei, bestätigen Plaut. Rud. IV 4, 11 Trachalio: *Iterum te saluto*. Daemones: *Et ego te*. Curc. V 3, 8 u. 9 Therapontionus: *Heus tu, leno: te volo*. Phaedromus: *Et ego te volo*; zu vergleichen auch die übrigen »Zur l. a. s.« § 12 genannten plantinischen Stellen nebst Trinum. V 2, 39. Die a. a. O. aufgeführten Gründe für die Abtheilung *dicebat similiter: Et ego te* sind von Krüger und Studemund nicht gekannt oder nicht für zureichend gehalten d. h. verkannt worden.

Sind nun *et ego te* die ipsissima verba des Beklagten und in dieser Gestalt verständlich und verständig, dann lässt sich aus dem folgenden *nominabant* zwar nicht bloß schliessen, dass gerade die kleinere Sacramentssumme auch vom Beklagten genannt wurde, aber doch nicht Mehr als Dies, dass auch der Beklagte die Sacramentssumme nennen konnte. Denn es liegt uns ob Gaius, von dem *nominabant* vorausgesetztermassen, obwohl höchst unwahrscheinlich, herrührt, Nichts referiren zu lassen, was einer zuvor von ihm mitgetheilten und unmissverständlichen Formel direct widerspricht. Jene gegenüber *nominabant* geltend zu machende Möglichkeit bietet, falls die fraglichen Worte ächt sind, einen kleinen Anhalt für die oben vorgetragene Auffassung, dass die Beklagtenformeln, wo sie nicht das Stichwort für eine nachfolgende Klägerformel liefern müssen, dem Gesetz der Unänderlichkeit der Legisactionsformeln nicht strict unterworfen sind.

§ 25. Bei der Bezweiflung von Gaius' Text bleibt Eisele nicht stehen, sondern macht auch alternativ zwei positive Vorschläge. »Entweder also, fährt er fort, ist das *et ego te* der scheinbar wörtlichen Wiedergabe der Rede des Bekl. ungeachtet, doch nur ein abkürzendes Referat, und durch *similiter* würde Gaius andeuten, dass es das sei . . .« Wie doch durch *similiter*? Einzig nur, wenn *similiter* auf das Gesprochene und nicht auf das Sprechen bezogen wird. Heisst aber *similiter* in *adversarius quoque dicebat similiter* nicht »ebenfalls« auf das Sprechen, sondern »ähnlich« oder in »ähnlicher Weise« auf das Gesprochene bezogen, dann lassen wir es uns nicht nehmen *similiter* auch in *adversarius eadem similiter dicebat* auf das Gesprochene zu beziehen, und werden so, indem danach selbst Gaius den Beklagten nicht *eadem* schlechthin, sondern nur *similiter* sagen lässt, von der Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung ohne Weiteres befreit. — Der andere Vorschlag geht auf Aenderung unseres Textes. Er bildet ein Seitenstück zu Huschkes früher gewürdigter Emendation, gleich dieser zu bedauern und eine Probe jener Conjecturalkritik, welche im Bestreben einen vermeintlich kranken Text zu heilen, ihm wirklich eine Krankheit beibringt. »Oder aber, heisst es weiter, es steckt auch in *ego te* ein Fehler, welcher mit der für diese Stelle schon constatirten Auslassung so zu combiniren wäre, dass die dem *ego te* entsprechenden Buchstaben in der Vorlage am Ende der, der ausgelassenen Zeile vorangehenden Zeile stunden, und darum auch leicht falsch gelesen werden konnten.« Dem gegenüber sei nur erwähnt, dass es an einer Art von Nachweis fehlt, dass das angeblich ausgelassene *et si de re minoris quam M aeris agebatur* sammt dem, was ihm angeblich voranging (s. u.) eine Zeile ausgemacht habe, da man es auch für Mehr oder für Weniger halten darf. Es sei auch nicht wiederholt gefragt, wie so, wenn das angeblich Ausgelassene eine Zeile

ausmachte, der Schreiber dazu kam sie auszulassen. Zu einer genügenden Begründung der Conjectur mochte es Eisele an Raum gebrechen. Auch die Begründung der falschen Lesung der dem *ego te* entsprechenden Buchstaben der Vorlage durch die Unterstellung, dass sie am Ende der der ausgelassenen vorangehenden Zeile standen, reicht nicht aus. Denn wegen dieser Stellung sind die Buchstaben nicht undeutlicher und dass sie ihretwegen auch nur kleiner gewesen, muss erst wieder vermuthet werden. Was immer an der falschen Lesung Schuld war, Eiseles Vorschlag ist abzulehnen. Zunächst sei er vollständig mitgetheilt. »Wie Gajus nach Angabe der Vindicationsformel des Klägers vom Becl. nur sagt *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat*, so kann er nach Darstellung der klägerischen Provocation und der ihr vorausgehenden Frage und Antwort ganz parallel gesagt haben: *adversarius quoque dicebat similiter et e contrario respondebatur* (nemlich auch *similiter*); *et si de re* u. s. w. wie oben. Hierbei würde dem Abschreiber nur eine Verwechslung von GOTE und CÖTR zugemuthet; der Bericht des Gajus bliebe in chronologischer Ordnung (S. 25) und auch das andere der vom Verfasser S. 136 gegen Huschke erhobenen Bedenken fiel weg.«

— Die Zumuthung einer Verwechslung von GOTE und CÖTR hält Eisele für gering und auch Brinz (S. 110), der nebenbei bemerkt aus Versehen *respondebat* citirt (S. 109), hält Eiseles Aenderungen für leichte, vermehrt dadurch ihr Gewicht, will sich nur nicht zu einer Emendation als solcher herbeilassen. Die supponirte Verwechslung ist aber so gut wie unmöglich, aus einem paläographischen Grunde. Es ist nämlich nahezu oder geradezu unglaublich, dass in der Vorlage CÖTR als Abkürzung von *contr* gestanden habe. Nach dem Verzeichniss der im Cod. Ver. vorkommenden Abkürzungen des gajanischen Textes, womit Studemund sein Apographum ausgerüstet hat und den er als *omnium scripturae compendiorum indicem*

bezeichnet, kommt in unserer Handschrift *cō* als Abkürzung von *con* nicht vor, wohl aber kommen andere Abkürzungen von *con* darin vor. Daneben ist noch möglich, dass in der Vorlage *con* mit *cō* abgekürzt war. Diese Möglichkeit wird aber weit wegweisen Wer veranschlagt, dass selbst in unserer Copie *con* eine stärkere Abkürzung, unter Wegfall des für Eiseles Lesung erforderlichen *o*, erfährt und dass höchstwahrscheinlich von Abbreviaturen in der Vorlage viel häufiger Gebrauch gemacht war, als in der Copie; ferner dass sich weder in den *notarum laterculi*, noch in den Handschriften (*de iure fisci* und *Ulp. inst.*), welche Studemund zur Vergleichung herangezogen hat, irgend auch nur ein Mal *cō* als Abkürzung von *con* auffinden lässt. Die Annahme, dass der Schreiber *go* statt *cō* habe lesen und schreiben können, ist danach für ausgeschlossen zu halten. Dasselbe gilt auch von der Annahme, dass er die Note *z* oder eine ähnliche mit *go* falsch aufgelöst habe. Einerseits nämlich bedient er sich derselben hundertmal selber, und andererseits schreibt er ebenso oft richtig *con*, wo dies in seiner Vorlage wahrscheinlich mit jener Note abgekürzt war. vgl. für *ex contrario* z. B. *Ga. Ver. p. 21, 23 und 66, 19.* — Wollte man selbst *contra* in der Vorlage abgekürzt und die folgende Zeile mit *rio*, nicht wie Eisele will mit *ario*, anfangend denken, dann bekämen wir eine nicht minder unzureichende Lesung. Denn an den angegebenen Orten scheint mir keine Note für *contra* auffindbar zu sein, welche das *o* enthält, dessen für die supponirte Verwechselung nicht zu entrathen ist. Ebenso fehlt überall das unentbehrliche *t*. Nur die Einsiedler Noten (auch die Sammlung des Papias und eine Pariser) geben *cr* als Abkürzung von *contrarium* (vgl. Mommsen, *Notarum laterculi in den Grammatici latini rec.* Keil IV p. 315 sq.), ein Befund, dem wir auch wegen Mommsens Vorbericht für unsere Frage keinen Werth beilegen.

Conjecturen; die paläographisch nicht angehen, haben

leicht auch noch andere Mängel. Wenn, wie mir geboten scheint, Eisele *e contrario* in seinem Satze *et e contrario respondebatur* im Sinne von »von der Gegenseite« nimmt, so passt Solches nicht zu dem von Gaius eingehaltenen Sprachgebrauch, wonach *e contrario* »umgekehrt« bedeutet; daran ändert Nichts der Fehler auf p. 202, 2. *E contrario* ist also insofern ein unpassender Ausdruck für den bei der Vermuthung gewünschten Sinn. Sodann ist die von Eisele vorgeschlagene Lesung der vorausgehenden ächten *adversarius eadem similiter dicebat* . . . nicht parallel, wie er meint. Denn der letztere Bericht folgt allein einer klägerischen Aeusserung, auf die er sich bezieht. Eiseles Worte aber folgen nicht bloß zwei klägerischen Aeusserungen (Postulation und Provocation), sondern auch einer Aeusserung des Beklagten, welche zwischen jenen beiden erfolgt. Denkt man bei *dicebat* nur an des Beklagten Provocationsäusserung, so ist nicht abzusehen, wie so dieser ein responsum zu Theil wird. Denkt man dabei auch an eine vom Beklagten ausgehende Postulation, so ist zwar *respondebatur* nicht gut in Bezug auf die beklagtische Provocation, welche von *dicebat* mitgetroffen wird, passt aber wenigstens zur etwaigen beklagtischen Postulation. Jedoch unter *dicebat* auch eine Postulation des Beklagten zu begreifen, ergibt eine Zerstörung der von Gaius beobachteten chronologischen Ordnung, die nicht erträglich ist. Es würde, nachdem schon die auf des Klägers Postulation und des Beklagten Bescheid (*iur feci*) folgende klägerische Provocation vorgekommen ist, wieder zurückgegriffen auf das Stadium vor dieser letzteren. Denn dass des Beklagten angebliche Postulation des Klägers Provocation nachfolge, wird doch nicht gesagt sein sollen. Endlich verlangen wir eine Andeutung dessen, was respondirt wurde. *Iur feci s. v. i.* können wir uns nimmermehr von selbst hinzudenken.

Bei den vorgetragenen Ausstellungen mag es bewenden.

Sie sind wider den Versuch gerichtet den überlieferten Text zu ändern. Dieser Versuch bezweckt vorzüglich zu verhindern, dass historische Kritik an der Hand der Formeln ein Anderes erschliesse als Gaius referirt. Der überlieferte Text bis auf das abgerissene *scilicet L asses sacramenti nominabant* erregt nicht den geringsten sachlichen Anstoss, während was diesen Worten vorausgeht, in *Et ego te* den besten Abschluss findet. Jene Abgerissenheit kann danach kein Angriffsgrund gegen das Vorausgehende sein, welches die Hauptsache bildet. Durch das vielleicht kranke *scilicet L a. s. n.* darf man den gesunden Text nicht anstecken lassen und dies um so weniger, als durch Mehreres des Ersteren Ausscheidung als eines fremden Körpers indicirt ist.

§ 25. Provocirt der Kläger, weil der Beklagte iniuria vindicavit, und geht der Beklagte darauf ein seinerseits provocirend ohne neuen Grund, dann wird auch um dieses iniuria vindicavisse des Beklagten gestritten. Wenn A den B verklagt, vor den Richter fordert, wo er (A) doch auch erscheinen muss, überhaupt von B eine auch ihm selbst obliegende Leistung verlangt zur Herbeiführung richterlicher Cognition und Entscheidung, weil B ihm z. B. einen Schaden zugefügt oder ihm sich rechtswidrig widersetzt habe, und wenn B auf die Aufforderung eingeht, es zum Rechtsstreit kommen lässt: dann wird gestritten nicht blos darum, weil, sondern auch darüber, ob B dem A einen Schaden zugefügt oder sich rechtswidrig widersetzt habe. Wird nun um das iniuria vindicavisse des Beklagten oder, was gleich Viel bedeutet, um das Eigenthumsrecht des Klägers gestritten, so ist kein Urtheil möglich, das beide Streitenden für im Unrecht und beide sacramenta für iniusta erklärt. Hält man hingegen beiderseitige Eigenthumsbehauptung im Anfang für etwas dem *lege agere sacramento in rem* Wesentliches, so kann man nicht umhin — freilich ohne und das heisst wider Formelwort — diese

beiden Behauptungen als verwettet, beschworen, oder kurz mit Einsatz belegt anzusehen. Wer diese Consequenz nicht zugeibt, verleiht dem alten Eigenthumsprocess eine widerspruchsvolle Gestalt. Er verlangt vom Beklagten Aufstellung der Eigenthumsbehauptung, aber als blosser Formsache, denn er verlangt nicht zugleich, dass der Beklagte für sein Wort einstehe, es auch zu bekräftigen und zu erhärten erbötig sei. Die Lüge, zu welcher der zur Eigenthumsbehauptung genöthigte Beklagte behufs seiner Defension greifen muss, wann er den Kläger für unberechtigt und doch sich selbst noch nicht für berechtigt hält, sie wird ihm hinterher wieder geschenkt, für den entscheidenden Sacramentsstreit ist sie nicht vonnöthen. Im weiteren Processverlauf wird auf die beklagtsche Position keinerlei Bezug mehr genommen — sogar auf ihr Gegentheil in der Postulation — vielmehr muss der Beklagte nur noch für die Rechtmässigkeit der Abwehr eintreten, womit er sich dem Kläger entgegengesetzt hat. Sobald man hingegen, um dieser irrationellen Gestalt des Verfahrens zu entgehen, ohne formularen Anhalt beide Positionen als Gegenstände des Streits und der Sacramentsversicherung denkt, dann kann man weiter nicht umhin anzunehmen, dass Das was beiderseits zum Gegenstand des Streites gemacht und je mit einem sacramentum versichert worden ist, auch zur richterlichen Cognition und Entscheidung gelange. Dann muss man sich aber auch von vornherein darauf gefasst machen dem Fall zu begegnen, dass sich beide Positionen dem Richter als unhaltbar ergeben, er also beide sacramenta für iniusta zu erklären in die Lage komme; dann sollte man aber auch diesem Fall zu begegnen wissen. Einen Ausweg zu finden, sind mehrere Gelehrte bemüht gewesen. Die Menge der geäußerten Meinungen zeigt die Unwahrscheinlichkeit der einzelnen. Ueber verschiedene ist früher (Zur l. a. s. § 15) berichtet worden; bei Brinz finden sich dieselben

S. 118/119 aufgezählt. In der dortigen Note 56 hätte nicht unerwähnt bleiben sollen, dass auch in der fünften, von Wach besorgten Ausgabe des Keller'schen Civilprocesses in der Note 210 »die durch die Doppelklage nothwendige Doppelentscheidung« behandelt wird. »Waren beide Sacramenta iniusta, führt Wach aus, so blieb der Vindicieninhaber thatsächlich im Besitz. Damit hatte man eine praktische Bedeutung der Vindicien, welche schnell zur Entwicklung eines Besitzrechts führen musste.« Schwerlich soll damit gesagt sein, dass man ohne dies keine praktische Bedeutung der Vindicien hatte, da doch der in Rede stehende Processausgang wohl zu den seltenen gehörte; auch dürfte die Schnelligkeit mit der durch jene Bedeutung die Entwicklung des Besitzrechts herbeigeführt wurde, schwer zu zeigen sein. Durch die erste Wach'sche Annahme wird man keineswegs befriedigt. Nur Eines hervorzuheben: blieb der Vindicieninhaber im Besitz, so hatte doch sein Gegner praedes litis et vindiciarum. Waren diese haft- und angreifbar, wenn iniustae vindiciae ertheilt waren, so lagen solche doch wohl vor, wenn das sacramentum Dessen, der sie gestellt hatte, für iniustum erklärt worden war. Sollte nun der Empfänger der praedes sich nicht an dieselben haben halten können, wenn die vindiciae sich als iniustae erwiesen? Dann hätten selbst in solchem Fall die praedes nur dann verhaftet sein müssen, wenn das sacramentum ihres Empfängers für iustum erklärt worden war, und dann hätten auch die vindiciae nicht schon als iniustae gelten können, weil des Besitzers sacramentum für iniustum erklärt worden war. Sollte aber die Unrechtmässigkeit des dem A verliehenen Besitzes von Mehr abhängig gewesen sein, als vom Unrecht des A? Dass die praedium obligatio zwei Voraussetzungen hatte, eine in der Person dessen, der sie gestellt, und noch eine in der Person dessen, der sie empfangen hatte, liegt nicht nahe.

Weder für die Statthaftigkeit zweifacher Condemnation bei der sacramenti actio in rem noch für die Beseitigung der ihr entspringenden Unzuträglichkeit hat sich irgend ein Anhalt in den Quellen gezeigt, ja diese verrathen eher die Unstatthaftigkeit einer solchen Sentenz. Aus diesen Thatsachen ist früher ein Argument gegen die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung gebildet worden, und dies ist das letzte dem äusseren Hergang entlehnte, welches Brinz (S. 117 ff.) zum Schutz der herkömmlichen »Contravindication« angreift. Die von ihm bestrittene Fähigkeit der beiden Stellen: Varro, L. L. V 180 und Ga. IV 13 durch ihr Schweigen Etwas wahrscheinlich zu machen soll nicht noch einmal dargelegt werden. Nicht ohne Grund macht Brinz die Seltenheit der Fälle geltend, »in denen keinerseits Eigenthum erwiesen wurde.« Doch heisst es auch S. 115: »Mag in dem Falle, da der Eigenthumsbehauptung des Einen Eigenthumsbehauptung des Anderen entgegentritt, noch so oft der Eine Recht, der Andere Unrecht haben: zuweilen werden beide Unrecht haben.« Aber nach Brinz mochten jene Fälle überhaupt nicht aufkommen, wenn dem Richter zunächst die Frage vorlag, wessen sacramentum iustum, wessen iniustum sei. Der Richter mochte zunächst über die iustitia sacramentorum zu entscheiden gehabt haben, was denkbareweise mit der Entscheidung über das Eigenthumsrecht nicht vollständig zusammenfiel, letztere überragen konnte. Jedoch wenn beiderseits Meinsein ex iure Quiritium behauptet und dafür sacramentum bestellt werden musste, so werden wir uns nicht entschliessen können, den Richter mit einem anderen Massstab messen zu lassen, als dem des ius Quiritium. »Seit der Ausbildung der legis actio sacramento, sagt Goeppert, Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 538, ist der Process um die Sache durch den Wortlaut ihrer Formalitäten charakterisirt als Process um Eigenthum und Nicht-

eigenthum.« Wir werden, zumal nach Voigts Ausführungen über den Begriff von iustum (Jus nat. IV Beil. X), nicht annehmen, dass die Römer ein »der Gerechtigkeit entsprechendes sacramentum« als ein möglicherweise dem Recht nicht entsprechendes und das sacramentum iustum zu einem anderen ius in Beziehung stehend dachten, als das iustum dominium, welches nach Ga. IV 16 im Process in Frage kam. Aut enim, berichtet Gaius (II 40) über die alte Zeit, ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus; Wer ein sacramentum eingesetzt, sein Wort und sein Geld verpfändet hatte für die erste Alternative, der musste es verwirkt haben, wenn der Richter nicht für sie und damit für die zweite entschieden hatte.

Zwar hält es Brinz für unsicher, »ob der Process jemals ohne Sieg und Niederlage ausgehen und das sacramentum beiderseits verfallen konnte, oder wie das Gegentheil mit dem Bestande beiderseitiger Eigenthumsbehauptung zu versöhnen sei.« Aber er will nicht um dieser Unsicherheit willen an dem Bestande der beiderseitigen Eigenthumsbehauptung selbst gezweifelt wissen. Denn genau dieselbe Unsicherheit schwebte über dem interdictum Uti possidetis, wo nicht gewusst und nicht gefragt wurde, was die Folge sei, falls gegenwärtiger Besitz, oder auch nur vi, clam, precario ab adversario verlorener Besitz keinerseits erwiesen werden sollte, und wo doch darum nicht weniger wahr sei, dass beide Theile Besitz für sich behaupten. Es wäre allerdings verfehlt, an der beiderseitigen Besitzbehauptung im interdictum Uti possidetis darum zu zweifeln, weil, jedenfalls logisch betrachtet, die richterliche Untersuchung *uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus quo interdictum redditur possederit* zum Ergebniss *neuter* führen kann. Aber wenn es Unterschiede zwischen interdictum Uti possidetis und sacramenti actio in rem gibt, so könnten es diese Unterschiede gestatten, an der Nothwendig-

keit zwiefacher Position in der sacramenti actio in rem zu zweifeln, weil sie zu einem zwiefach absprechenden Urtheil führen kann. In die Erörterung der Möglichkeit des gedachten Ausgangs des Besitzprocesses wollen wir hier nicht eintreten; dabei würde wohl auch die Thatsache von Bedeutung sein, dass der Mehrbieter bei der *fructus licitatio tantisper in possessione constituitur*, dass somit ein factisches Verhältniss zur Sache bei einer Partei vor der Versteigerung schwerlich gefehlt haben mag. Wir wollen auch nicht die Frage erörtern, ob das mit Ga. IV 167 und 168 am Ende noch vereinbare Resultat, dass von den beiden beweisfälligen Parteien des Besitzprocesses jede der anderen d. i. keine die Sponsions- und Restipulationssumme zahlt und der Sieger in der *fructus licitatio* die Sache sammt Früchten und die Steigerungssumme leistet, um nachgehends das Petitorium anzustellen, ob dieses Resultat nicht leichter zu ertragen ist, als ein Eigenthumsprocess, der für Keinen siegreich ausgeht, aber auch Keinem ein Petitorium in der Hand lässt. Es wäre vielmehr zu bedenken, dass die beiderseitige Position im fraglichen Besitzprocess nach seiner ursprünglichen Bestimmung ihren guten Sinn hat. Das Interdictum sollte ja Frieden stiften zwischen zwei Personen, die sich im Hinblick auf einen bevorstehenden Eigenthumsstreit um eine Sache beide den Besitz derselben beimessen. s. § 30 und vgl. Jhering, Grund d. Besitzschutzes 2. A. S. 89. Die beiderseitige Bejahung, die hier nicht zu bezweifeln und erklärlich ist, macht in einem Fall zu schaffen. Geräth man bei einem anderen Process in demselben Fall in dieselbe Verlegenheit, wenn man beiderseitige Bejahung als nothwendig voraussetzt, so sollte jene Verlegenheit nicht über diese beruhigen, wenn die Voraussetzung hier nur auf Gaius' anfechtbares Zeugniss gestützt und innerlich unerklärt oder unerklärlich ist. Die neue Schwierigkeit sollte vielmehr zum weiteren Antrieb werden, an der Wahrheit von Gaius' un-

glaubwürdigem Bericht zu zweifeln. Dass wir auf einem Wege nicht weiter kommen können, ist zwar für sich allein kein Grund gegen die Richtigkeit des Ausgangspunktes. Aber wenn uns noch andere und starke Gründe wider diese Richtigkeit zu Gebot stehen, so hat die Rathlosigkeit oder Unzuträglichkeit, zu welcher wir gelangt sind, allen Anspruch darauf, in die Combination der Gegengründe aufgenommen zu werden.

•

Drittes Capitel:

Die innere Rechtfertigung.

§ 26. Wenn Brinz im ersten Theile seiner Rettung prüft, ob die »Contravindication gewöhnlichen Sinnes« gegen die aus dem überlieferten Formular entnommenen Einwände Stand halte, so geht er im zweiten Theile aus auf die »innere Rechtfertigung« jener Contravindication und damit »des wesentlichen Unterschiedes zwischen dem alten und neueren Vindicationsrechte.«

Nur insofern wir, lehrt uns ein Philosoph, Etwas als Folge aus einem gegebenen Grunde begreifen, erkennen wir es als nothwendig. Es ist danach für die als nothwendig hingestellte Eigenthumsgegenbehauptung ein zureichender Grund als gegeben zu zeigen, ansonst wir sie nicht als nothwendig erkennen. Gaius' Wort, wenn es diese Nothwendigkeit ausspricht, gibt den Anlass nach einem solchen Grund zu verlangen, ist mit nichts selbst ein Grund. Das gilt schon von als nothwendig dargestellten Handlungen, wie viel mehr von angeblich nothwendigen Einrichtungen, zumal Rechtseinrichtungen, welche der Politik einer Mehrzahl ihre Verwirklichung verdanken. Bei einem Zeugnisse, dass Caesar dann und dann nach Rom gezogen sei, können wir uns beruhigen;

ein Zeugniß dagegen, dass er habe ziehen müssen, ist unvollständig, darum unzulänglich bis der Grund ersichtlich ist. Ebenso ist die Zulänglichkeit von Gaius' Zeugniß oder die Glaubwürdigkeit der Nothwendigkeit der s. g. Contravindication unerbittlich abhängig von dem Nachweis ihres Grundes. Ohne solchen ist die Lage nicht die, dass eine unerklärliche Thatsache, weil von einem Alten bezeugt, wie manche andere einfach hingenommen werden müsste; vielmehr befindet sich bei dem gegenwärtigen Stand der Ueberlieferung die Wissenschaft vor der Wahl, ob sie innerhalb der von ihr vorausgesetzten und erkannten Harmonie der römischen Rechtswelt eine Ungereimtheit dulden, oder aber unter Berücksichtigung der historischen Leistungsfähigkeit des fraglichen Zeugen die Gründe gelten lassen soll, welche für die Verwerfung seines Zeugnisses sprechen. Die von Bekker bei diesem Anlass wieder angestimmte »alte Klage von den römischen Verhältnissen, unter denen die auffälligen Erscheinungen zu Tage traten, so wenig zu wissen«, kann nur ausserhalb der Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte erhoben werden. Und confus ist, wie Voigt äussert, das Verlangen »es solle bei Ermangelung des directen Beweises die römische Rechtsgeschichte im Gegensatze zu allen römisch-historischen Wissenschaften mit einem bequemen Beharren bei dem Nichtwissen sich begnügen.« Der Römer Julianus gibt in 20 D 1, 3 das tadelnde, oder pietätvolle, oder einfach nur Grenzen seines historischen Erkennens bezeichnende Urtheil ab: non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, und die Digestenredaction hat hiermit die folgenden Worte von Neratius verbunden: et ideo rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt subvertuntur. 21 D 1, 3. Es wäre nicht unerhört, aber verkehrt, wenn Jemand solchen Aussprüchen einen Einfluss auf die Lösung des in Rede stehenden Problems gestatten würde.

Sind auch die Römer in der Behandlung des Rechts unsere Meister, in der Bestimmung unserer wissenschaftlichen Aufgaben lassen wir uns nicht von ihnen meistern. Auf die besagte innere Rechtfertigung legt Brinz mit gutem Fug allen Nachdruck und wendet Mühe auf die Aufsuchung der »ratio« der traditionellen d. h. als nothwendig geltenden Contravindication. Indem wir ihm hiernächst auf seinem Wege folgen, können wir früher besprochene, verfehlte Rechtfertigungsversuche, auch wenn einer neuerdings wieder abgedruckt sein sollte, auf sich beruhen lassen.

§ 27. Behufs der inneren Rechtfertigung schliesst sich Brinz den Wenigen an, »welche die sonstige Vorstellung, als ob der Beklagte im alten Vindicationsprocesse ebenso Besitzer gewesen sein müsse wie im neuen, aufgeben, und eben damit dass im alten Vindicationsprocesse weder die Belangbarkeit noch das Klagrecht von Besitz oder Nichtbesitz abhing, der Besitz also noch keine Rolle spielte, die Eigenthumsgegenbehauptung rechtfertigen.« a. a. O. S. 124. Namentlich betrachtet er Wetzell als Vorgänger, insofern und nur insofern dieser »die Thatsache, dass beide Parteien Eigenthum behaupten, mit der Irrelevanz des Besitzes für die Stellung im Streite in nothwendige Folge bringt.« S. 126. Die Annahme, dass der Beklagte nicht als Besitzer belangt und beim Streitbeginn kein Theil als Besitzer erachtet wurde, wollen wir vorläufig zulassen und kürzlich prüfen, ob sich daraus die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung ergibt, um sodann auf die Zulässigkeit jener Annahme zurückzukommen. Bei derselben fällt nach Brinz »jedenfalls der Einwand, dass der Besitzer und Beklagte beweisfrei, also nur negiren, nichts behaupten müsse, von selbst hinweg.« S. 127. Das dürfte aber doch weiterer Begründung bedürftig sein. Wer Anstoss daran nimmt, dass der Beklagte bejahend behaupten müsse, hat den Beklagten nicht als Besitzer, sondern als Beklagten

im Ange. Ein in ins vocirter Beklagter ist auch bei Irrelevanz des Besitzes vorhanden, die Unterscheidung von Kläger und Beklagtem wird auch von Brinz gemacht. Das Negirendürfen und folgeweise das Nichtbeweisenmüssen kommt nicht dem Besitzer als solchem, sondern als Beklagtem zu. (Savigny, Besitz § 3 No. 4. vgl. Jhering, Grund des Besitzesschutzes S. 24 u.) Lässt man gleich im ältesten Eigenthumsprocess den Beklagten die Beklagtenrolle haben, obwohl er nicht Besitzer ist, so ist er doch immer Beklagter und braucht als solcher nach römischer Anschauung nicht zu behaupten und nicht zu beweisen. Man müsste sonach, was Manche gethan haben, obwohl es nach Ga. IV 16 nicht angeht, den Unterschied von Kläger und Beklagtem für den ältesten Eigenthumsprocess fallen lassen, oder aber, wenn man dies nicht thut, einfach dem Unterschied für den ältesten Process nicht die Bedeutung beimessen, die ihm erweislich später zukommt.

Soll uns gezeigt werden, dass die Einrichtung der Eigenthumsgegenbehauptung die Folge der Irrelevanz des Besitzes d. h. des Nichtbesitzes des Beklagten war, dass jene Einrichtung aus dieser Thatsache hervorging, dann darf jene sich nicht neben dieser in den Vordersätzen befinden, sondern darf nur als Ergebniss zum Vorschein kommen. — Jeder Eigenthumsstreit, so argumentirt Brinz S. 127, erfolgt zugleich um den Besitz, Jeder der gegen den Anderen das Eigenthum erstreiten will, will wider ebendenselben auch den Besitz erstreiten. Ist nun der Besitz »das Ding, um welches auch im alten Vindicationsprocesse unausgesprochen aber nothwendig gestritten wurde,« — nach dem Vorausgeschickten dürfen wir das hier ausgesprochene Streiten um den Besitz, wie auch Brinz' Ausdruck zulässt, nur von einer in den Streit kommenden Eigenthumsbehauptung des Klägers verstehen — und ist der gegenwärtige Besitz irrelevant, also dass sich kein Theil auf ihn berufen kann: »dann war für jede der beiden

Parteien irgend ein anderer Streitgrund nothwendig« und zwar Eigenthumsrecht. Warum für jede? »Denn, ist die Antwort (S. 128), jeder Theil will den Besitz, streitet um den Besitz, spricht ihn an, und keiner kann diesen Anspruch auf nichts stellen.« Der Beklagte will den Besitz, streitet um ihn, spricht ihn an? Dass der Beklagte den Besitz erstreiten wolle, indem er Eigenthum erstreiten will, darf nicht gesagt werden, denn dass er Eigenthum erstreiten will, soll sich ja erst noch ergeben; und selbst eine von ihm ausgehende Eigenthumsbehauptung würde noch nicht Ausdruck der voluntas adipiscendae possessionis sein müssen. Dass der Beklagte den Besitz erlangen wolle, wie der erste Theil der in Rede stehenden Antwort sagt, müsste zur weiteren Voraussetzung gemacht werden. Es folgt noch nicht bloß daraus, dass der Beklagte von Rechtswegen nicht als Besitzer erachtet wird; ist er nicht als im Besitz der Sache befindlich belangt, deren Besitz der Kläger erlangen will, dann muss er belangt sein als Einer, der diese Besitzerlangung des Klägers hindert, ohne dass er damit selbst den Besitz erlangen zu wollen brauchte. Es folgt ferner nicht daraus, dass er bei der Besitzconstituierung durch den Prätor in Betracht kommt, und folgt endlich auch nicht daraus, dass der Beklagte gleich dem Kläger Scheingewalt anwendet; thut es der Kläger, um den Besitz für sich zu erlangen, so kann es der Beklagte thun, um dies zu verhindern — über den Zweck spricht sich Gaius nicht aus. Dasselbe Factum kann verschiedene Zwecke haben, je nach den Worten, mit denen es eingeleitet wird, und diese stehen eben in Frage. — Wer gegen den Anderen Besitz erstreiten will — in welchem Fall wir den Beklagten vielleicht noch finden werden — muss nicht darum gegen denselben Eigenthum erstreiten wollen. Er muss sich aber, wie Brinz sagt, im ältesten Process auf Eigenthum berufen. »Wer hier bloß negirt hätte, würde nichts ver-

theidigt und nichts angesprochen haben, weder den Besitz, den er nicht hatte, noch das Eigenthum, das er nicht behauptete. Er würde Nichts angesprochen haben — das mag wohl sein. Aber warum Nichts vertheidigt? Freilich den Besitz, den er nicht hatte, würde er nicht vertheidigt haben. Aber wenn, wie Brinz annimmt, der Angriff des Klägers auf ihn erfolgt nicht als auf den Inhaber des Besitzes, so ist er auch den Besitz zu vertheidigen nicht veranlasst. Wenn der Beklagte Beklagter ist, nicht weil er besitzt, aber der Kläger als solcher den Besitz erlangen will, so ist, wie gesagt, der Beklagte Beklagter, weil er den Kläger verhindert den Besitz zu erlangen; der Beklagte ist dies nicht wegen sachlicher Position, sondern wegen persönlichen Widerstandes. Wenn nun der Kläger zur processualischen Besiegung dieses Widerstandes sich der Sache mit Berufung auf sein Eigenthumsrecht in iure zu bemächtigen trachtet, so hat der Beklagte zur Rechtfertigung seines fortgesetzten Widerstandes Nichts zu thun, als das Eigenthumsrecht des Klägers zu verneinen. Der Beklagte, der negirt, würde mit seiner Negation dem Kläger Eigenthum und damit (Recht auf) Besitz absprechen. Da des Klägers Anspruch darauf geht, da derselbe auf Grund des Eigenthums den Besitz erlangen will, so würde der Beklagte mit seiner Negation nebst vindicta den klägerischen Angriff abgewehrt, also allerdings im Process vertheidigt, nämlich sich vertheidigt haben. Und um für diese Vertheidigung des Beklagten einen äusseren Anlass und Anhalt zu zeigen, würde man darauf verweisen können, dass ja auch des Klägers Angriff wörtlich auf des Beklagten Person gerichtet ist: *ecce tibi vindictam*. — Mit dieser Formelfassung ist die folgende Bemerkung nicht gut verträglich, welche Brinz S. 140/1 macht: »Weit entfernt von Worten und Werken, mit denen die Sache vom Gegner begehrt würde, sind die beiderseitigen Vindicationen Handlungen, in denen

die Sache von den Vindicanten unmittelbar (nicht erst vom Gegner) in Anspruch genommen wird.«

Aus dem Umstand allein, dass der Beklagte nicht besitzt, folgt, so viel ich sehe, noch nicht, dass er dem Kläger nur mit Eigenthumsbehauptung begegnen kann. Das würde sich wohl erst dann ergeben, wenn angenommen wird, dass jener Beklagte den Willen den Besitz für sich zu erlangen kundgeben muss. An die Stelle der Beklagten mit *animus retinendae* wäre ein Beklagter mit *animus adipiscendae possessionis* zu setzen. Ein solcher würde sich gegenüber dem auf Eigenthum gestützten Verlangen des Klägers nur durch Berufung auf das gleiche Recht behaupten d. h. wehren, von einem solchen würde die traditionelle *Contravindication* verlangt werden können. Freilich lässt sich nun unter der Voraussetzung des Nichtbesitzes der Parteien ein Eigenthumsprocess, in welchem der nichtbesitzende Beklagte auch den Besitz nicht erlangen will, nicht leicht annehmen. Wie sollte Einer als Kläger dazu kommen behufs Besitzerlangung mit Eigenthumsrecht gegen einen Anderen zu streiten, der die Streitsache nicht hat und nicht haben will; und würde man den als Gegner zulassen, der die vom Kläger begehrte Sache nicht besitzt und zudem nicht erlangen will. Allein ein Eigenthumsprocess, bei dem der Beklagte nicht als Besitzer und aber als den Besitz erst erlangen wollend gilt, ist auch eine ganz neue und seltsame Erscheinung. Man möchte denken, wer den Besitz einer Sache erlangen will, hat sich an Den zu halten, der die Sache besitzt. Statt dessen sollen wir uns einen Process denken, bei dem der Kläger, der den Besitz erlangen will, demjenigen die Gegnerschaft zuweist, der von Rechtswegen nicht als Besitzer gilt und der ausserdem nach dem gleichen Ziele streben muss, wie der Kläger, also ebenfalls den Besitz erlangen wollen muss. Contrastirt eine derartige Processconstruction mit den geläufigen Vorstellungen von

römischer Vindication, so könnte Einer versucht sein sich noch weiter zu entfernen und einen Eigenthumsprocess sogar dergestalt anzunehmen, dass der nichtbesitzende Beklagte auch nicht auf die Besitzerlangung ausgeht und sich folgerichtig auf die reine Abwehr beschränkt. Wie man eine dieser Annahme entsprechende Stufe der Sachenrechtsentwicklung denken könne, braucht hier nicht verfolgt zu werden. Jedenfalls zeigt sich, wie Alles oder fast Alles auf die Wahrscheinlichkeit der hiernächst zu prüfenden Hypothese ankommt, dass der Beklagte nicht als Besitzer erachtet wird; nur in diesem Fall kann er als den Besitz erlangen wollend gedacht werden.

§ 28. Um die Thatsache der Irrelevanz des Besitzes (im angegebenen Sinn) zu erhärten, beruft sich Brinz auf die Vindiciertheilung, welche »in der Unentschiedenheit des Besitzes ihren einleuchtenden Grund« hatte: »um desswillen, weil der Besitz unentschieden war, stellte ihn der Prätor bis dahin dass entschieden wäre, wer Besitzer sein solle (im Vindicationsprocesse) fest.« vgl. a. a. O. S. 135. 130. Ueber den Zweck der Vindiciertheilung lässt sich Brinz nicht näher aus, aber Parteirollenvertheilung, wie bei den *interdicta retinendae possessionis*, denkt er mit Recht nicht als Zweck. Die Aufhebung der Unentschiedenheit des Besitzes kann er nicht wohl als Zweck denken, obwohl er sich S. 133 Z. 20 — 22 dahin auszusprechen scheint, da ein Eigenthumsprocess, der bei solcher Unentschiedenheit anfangen kann, gewiss auch dabei verlaufen kann. Wäre aber diese Aufhebung Zweck, dann müssten wir fragen, warum findet nicht zu allererst, vor der Vindication Vindiciertheilung Statt? Geschieht Vindiciertheilung, weil der Besitz unentschieden ist, dann wünschen wir sie gleich an den Anfang. Wer dann nicht zum Besitzer constituiert worden ist, der mag allein wider den Gegner mit Eigenthumsbehauptung vorgehen. Solche Regelung wäre ein geringerer Uebelstand als die stets nothwendige »Contra-

vindication«, und es wäre zu fragen, warum sie dieser nicht vorgezogen worden sei. Allein ich zweifle kaum, Brinz denkt, dass durch die Vindicierentheilung interimistisch, für die Dauer des Processes ein gesicherter Besitzstand geschaffen werden, dass diese magistratische Verfügung der vis vera atque solida vornehmlich der Parteien für die übrige Dauer des Processes vorbeugen soll. vgl. Lucilius bei Festus s. v. *vindiciae*: Nemo hic vindicias neque sacra neque numen veretur. Dieser Gedanke ist wahrscheinlich gegenwärtig, wenn S. 136 (oben) von einem Bedürfniss der Vindicierentheilung die Rede ist. Freilich gibt Brinz dort als Grund des Bedürfnisses die Unentschiedenheit des Besitzes bei Vornahme der Vindication an: allein das Bedürfniss eines Dinges kann nimmermehr als nothwendige Folge seiner Nichtexistenz angesehen werden, m. a. W. die Unentschiedenheit ist kein Grund der Entscheidung. — Indessen wenn jene Sicherung Zweck der Vindicierentheilung ist, sollte letztere nicht auch dann statthaft sein, wenn der Besitz anfänglich nicht unentschieden, also entschieden ist, so dass Vindicierentheilung kein Argument für die Unentschiedenheit des Besitzes wäre? Wenn nämlich, wie kaum zu bezweifeln, vor Aufstellung der Besitzinterdicte der Prätor nur den von ihm constituirten Besitzer gegen vis vera atque solida, überhaupt gegen Störung schützt, nur den von ihm geschaffenen Besitzstand aufrecht hält: dann spricht der Umstand, dass ihm bei Beginn des Eigenthumsstreits der Beklagte als Besitzer gilt, keineswegs, wie Brinz einwendet (S. 133 Mitte), gegen eine nachfolgende Besitzconstituierung. vgl. auch Zur l. a. s. S. 88. Die Constituierung war das einzige Mittel einer wirksamen interimistischen Besitzschätzung, welche für den weiteren Process vonnöthen war; nicht dass die Constituierung selbst Schutzmittel gewesen wäre, sondern dem vom Prätor constituirten Besitzer stand des Prätors auctoritas oder imperium zur Seite, während jeder

andere Besitzer allein stand. Diese Besitzschätzung ist aber durchaus noch nicht damit gegeben, dass für den Eigenthumsstreit schon anfänglich ein Theil als Besitzer vorgefunden wird. Dass der Prätor nicht stets den Beklagten zum Besitzer constituirte, der vor ihm als Besitzer aufgetreten war — welche Vindicinertheilungsart Gaius als die regelmässige ansieht, da er IV 94 die *praedes lit. et vind.* ohne Weiteres dem *petitor* vom *possessor* gestellt werden lässt, vgl. Zur l. a. s. S. 92/3 — das hatte wohl seine guten Gründe. Es sind jedoch Gründe, wie sie Jeder anzuführen hat, der nach Ga. IV 16 dem Prätor bei der Vindicinertheilung freie Hand gibt. vgl. z. B. Leist in Glücks Commentar, Serie der Bücher 37 u. 38 I S. 141 oben.

Bei der Vindicinertheilung blickte der Prätor nicht blos in die Zukunft, sorgte nicht blos für die Sicherheit bis zum Ende des Verfahrens. Mit dem *vindicias dicere* gab er zugleich seine Meinung ab über den bisherigen Process, legte den Rechtsstreit interimistisch bei. vgl. Jordan, de *praedibus litis et vindiciarum* p. 36. 37. Waltete nämlich sein freies Ermessen, dann verlieh er natürlicherweise den Besitz Demjenigen, von dem er vorausszusehen glaubte, dass er den Besitz nach dem Urtheil des Richters zu behalten berechtigt sein werde; für den Prätor waren also hier andere Erwägungen leitend, als für den Richter im Possessorium. Sollte nun gleich des Prätors wohlervogene, indess nicht auf Beweis gegründete und nur vorübergehend wirksame Entscheidung für den Richter weder zwingend noch auch nur massgebend gewesen sein: so war sie immerhin die Entscheidung eines Dritten, Unparteiischen und konnte als solche (wenn auch nicht ursprünglich und der Absicht nach) das Vorgehen der Parteien beeinflussen. Wer im Vindicationsstreit insofern unterlegen war, als er den prätorischen Besitz nicht erhalten hatte, z. B. auch weil er keine Bürgen gefunden hatte, der mochte vielleicht von weiterem Kampfe für seine Behauptung abzustehen bewogen sein. Mög-

lich, dass er dann nicht bloß selbst vor dem Richter zu erscheinen unterliess, sondern sogar den Gegner zu dieser Unterlassung zu bestimmen suchte. Kamen aber beide Theile überein sich an dem magistratischen Decret genügen zu lassen, dann konnte derart wohl dem Sacramentsverlust vorgebeugt werden, als welcher von des Richters Ausspruch *sacramentum iniustum esse* abhängig war. Denn es können die *praedes sacramenti* wenigstens ebensowohl nur für die künftig etwa verfallende, *ex causa iudicati* zu leistende *summa sacramenti*, als für eine jetzt schon bestehende, so zu sagen persönlich alternative, unabweislich von einer Partei zu lösende Verbindlichkeit bestellt worden sein. Im ersteren Fall hatte die öffentliche Casse kein Recht darauf, dass auch eine Entscheidung herbeigeführt werde.

Dafür dass der prätorischen Vindicierentheilung auch die Bedeutung einer interimistischen Entscheidung der Frage, nicht Wer Besitzer sei, aber *quis debeat esse possessor* (Ps. Asconius) zukomme, dafür spricht neben Anderem folgender von Jordan angeführter Umstand. Wie von *sacramentum iustum* und *iniustum*, so wird auch von *vindiciae iustae* und *iniustae* gesprochen. Cic. pro Mil. 27. Arnob. adv. gentes 4, 16; vgl. auch *nefandae vindiciae* bei Liv. III 57. Iniustae sind die vindiciae, wenn die prätorische Entscheidung nach richterlicher Sentenz nicht das Rechte getroffen hat. Ginge die Vindicierentheilung ausschliesslich auf Sicherung des weiteren Verfahrens, dann würde die *iustitia* vindiciarum niemals in Betracht kommen. — Ebenso erweckt der Ausdruck *si vindiciam falsam tulit* der zwölf Tafeln die Vorstellung, dass es rechten und falschen Besitz gibt, den der Magistrat constituiert hat. Diese Vorstellung würde schwerlich Raum haben, wenn die Vindicierentheilung aufgegangen wäre in dem Zwecke einen vom Magistrat autorisirten Besitzstand zu schaffen. Ob unter dem, welcher *vindiciam falsam tulit*, nur

der *malae* (Rudorff, Ed. perp. § 296 N. 11) oder auch der *bonae fidei possessor* (Jhering, Geist § 51 N. 11) zu bestehen sei, kann hier dahingestellt bleiben.

Wer den Besitz durch *Vindicienertheilung* erhielt war vor dem Anderen begünstigt; wenn er siegte, so hatte er was er haben wollte und durfte, er brauchte sich nicht erst an die *praedes* zu halten; danach liesse sich denken, dass dem *vindicias dicere* des Prätors möglicherweise ein *vindicias postulare* seitens einer Partei oder beider vorausging, vgl. Liv. III 44. — Die mit dem Empfang der *Vindicien* verbundene Begünstigung konnte auch vom Prätor bezweckt werden. Eine Bevorzugung dieser Art fand mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit Statt, wann für den in *ius vocirten* Besitzer d. h. für den ursprünglichen Beklagten ein *auctor* aufgetreten war und des Klägers Angriff parirt hatte. Solche für die Rechtmässigkeit des Besitzes sprechende Parteinahme eines Dritten musste für den Prätor einen Grund abgeben, die *Vindicien* nicht dem Kläger zu ertheilen. Auch ward allein durch die so ausfallende *Vindicienentscheidung* die vom *auctor* gewordenen *Mancipanten* vollständig zu leistende *praestatio periculi evictionis* ermöglicht d. h. dem *Mancipatar* und ursprünglichen Beklagten die Sache wirklich erhalten. Denn dass der *Mancipant*, welcher *suo nomine* dem Kläger opponirte, um seiner Schuldigkeit entsprechend die *Eviction* zu verhüten, wenn er doch unterlag, weil sich der Kläger als *Eigenthümer* erwies, die Sache herauszugeben gezwungen worden sei, dass es also eine solche *Execution* auf das Streitobject selbst gegeben habe, müsste aus der Luft gegriffen werden. Durch das Vorstehende wird auch die Bemerkung gegenstandslos, welche sich gegen das Ende der Note 682 der fünften Ausgabe von Kellers *Civilprocess* befindet: »Auch ist . . . nicht einzusehen, wie durch solche Uebernahme des Streits das *periculum evictionis* prästirt werden soll, wenn

Mancipant unterliegt.* Die Sache bleibt dem Mancipatar, während der Mancipant selbst oder durch die von ihm beschafften Bürgen sacramentum, litis aestimatio und Fruchtentschädigung zu leisten hat. — Am genannten Ort macht Wach meiner auf alte Zeugnisse gestützten Auffassung der auctoritas noch den weiteren Vorwurf, dass sie, was unerträglich scheine, dem Evictionskläger einen anderen Beklagten (suo nomine) aufzwinge. Allein diese Unerträglichkeit ist in Wirklichkeit nicht vorhanden. War, wie noch erhärtet werden soll, der Besitzer der rechte Beklagte, dann brauchte der in ius vocatus nur seinem zur auctoritas d. i. zum *suo periculo causam agere* (Cic. Lucull. XXV 79) bereiten auctor praesens den Besitz behufs der Processführung abzutreten, um zu bewirken, dass er selbst nicht mehr der rechte Beklagte war. Gegen diese jedoch nicht erforderliche Aenderung, wie überhaupt gegen die Intervention kann der Kläger Nichts einzuwenden haben, falls die Defension der Streitsache regelrecht geführt wird und die erforderlichen praedes gestellt werden. Auch im späteren Process kann der Verkäufer für den Evictionsprocess zum procurator in rem suam bestellt werden (66 § 2 D 21, 2 cf. 21 § 2 ib. und 4 § 3 D 49, 1), den hier als Beklagten suo nomine anzusehen man nicht sachlich und vielleicht auch nicht formell gehindert ist. Eine derartige Stellvertretung muss sich aber der genügend sicher gestellte Kläger gefallen lassen; 29 D 3, 3 handelt von der actio indicati, vgl. Keller, Litiscont. § 41 N. 5. In ähnlicher Art tritt, wenn in Folge der constantinischen laudatio oder nominatio auctoris der juristische Besitzer anstatt des Detentors den Process übernimmt, welcher Detentor bis dahin der rechte Beklagte für die Vindication war, ein anderer Beklagter (suo nomine) dem Kläger gegenüber, ohne dass dieser es zu verhindern vermöchte.

Aus dem Vorausgehenden ergibt sich, dass der Beklagte, auch wenn man ihn stets als Besitzer auftretend

denkt, den prätorischen Besitz nicht immer erhalten muss, indem der Prätor durch die Vindicinertheilung noch etwas Weiteres erreichen wollen kann, als einen für die Dauer des Processes gesicherten Besitzstand. Beide Zwecke machen es unmöglich, aus der Thatsache der Vindicinertheilung auf anfängliche Unentschiedenheit des Besitzes zu schliessen. Diese unzulässige Folgerung scheint in's Auge gefasst, wenn es S. 134 bei Brinz heisst: »Wo um eben desswillen geklagt wird, weil Gegner Besitzer ist..., da schliesst sich an die Thatsache der Vindication keine Vindicinertheilung oder Besitzesconstituierung an; denn es ist ein Recht des Besitzes, nicht Ausfluss erst einer magistratischen Verleihung, dass Beklagter auch während des Processes im Besitze bleibe.« Der Umstand, dass in der späteren rei vindicatio, in der Publiciana und in den restitutorischen Interdicten (welche drei Brinz anzieht) um eben desswillen geklagt wird, weil Gegner Besitzer ist und in diesen Processen nicht Besitzconstituierung vorkommt, gestattet noch nicht für die sacramenti actio in rem, wo Besitzconstituierung vorkommt, Unentschiedenheit des Besitzes anzunehmen d. h. anzunehmen, bei letzterer werde nicht um desswillen geklagt, weil Gegner Besitzer ist. Dies ist unverkennbar, wenn man beispielsweise mit irgend welchen anderen Dingen argumentirt: In den Häusern *a*, *b* und *c* ist Leuchtgasleitung und es werden in ihnen nicht Stearinkerzen gebrannt, in dem Hause *d* werden solche gebrannt. Wer darf daraus schliessen, dass im Hause *d* nicht Leuchtgasleitung sei? Das Brennen von Stearinkerzen im Hause *d* kann einen Zweck haben, welcher in den Häusern *a*, *b*, *c* keinen Raum hat, etwa nicht noch zu erreichen ist. Ebenso kann die Besitzconstituierung in der sacr. actio in rem einen Zweck haben, welcher in der späteren rei vindicatio, der Publiciana und den restitutorischen Interdicten keinen Raum hat, nicht erst noch zu erreichen ist; dabei kann in der ersteren so gut wie in den letzteren

der Besitz entschieden sein. Und diesen möglichen Sachverhalt wird für den wirklichen halten Wer, wie wohl auch Brinz thut, den oben angegebenen Hauptzweck der Vindiciertheilung als solchen anerkennt. Das erwähnte, von Brinz mit Bezug auf Ga. IV 89 und 4 J 4, 15 hervorgehobene Recht des Besitzes, dass Beklagter auch während des Processès im Besitz bleibe, kann erst dann aufgekommen sein, als es zur Sicherung des Besitzes gegen Störung während des Processès nicht mehr einer magistratischen Besitzconstituierung bedurfte, also wohl erst mit den Interdicten. Ja selbst als jene Sicherung ohne diese Constituierung mit dem Interdictenschutz möglich geworden war, konnte die Vindiciertheilung im Legisactionenprocess fortbestehen um ihres besprochenen Nebenzweckes willen, behufs Begünstigung einer Partei. Sie kann also hier noch beibehalten worden sein nach dem Aufkommen der Interdicte und darum auch von Gaius (IV 16) als schlechthin Platz greifend dargestellt sein.* vgl. Zur l. a. s. S. 89. Nach Ga. IV 16 und 94 nämlich greift, wie Brinz selbst bemerkt (S. 139), die Vindiciertheilung allgemein, also wohl auch bei entschiedenem Besitze Platz, »während sie nur für den Fall streitigen oder unentschiedenen und ausser Frage gestellten Besitzes begründet scheint.« Hiernach dürfte eher die vorausgesetzte Begründung der Vindiciertheilung und damit der letzteren Fähigkeit den Nichtbesitz des Beklagten zu beweisen, in Zweifel zu ziehen sein.

Die Besitzconstituierung hängt nicht von dem Dasein der Unentschiedenheit des Besitzes, sondern von dem Dasein der Zweckmässigkeit ihrer selbst ab. Sie kann aber einen Zweck haben, zweckmässig sein und also Statt finden, auch wenn der Besitzer zuvor feststeht, als Beklagter für den Eigenthumsprocess aufgetreten ist. Darnach ist denn auch hier kein Werth auf Das zu legen, was Brinz S. 134 im Zusammenhang seiner obigen Argumentation werthvoll erscheint, dass

nämlich in den interdicta Uti possidetis und Utrubi, wo das Besitzverhältniss noch unentschieden ist, eine der Vindiciertheilung in der legis actio ähnliche interimistische Besitzconstituirung Statt findet (Ga. IV 166). Auch da kann nicht gesagt werden, die Besitzconstituirung finde Statt, weil der Besitz unentschieden sei. Sie findet Statt, mit Huschke zu reden (ad Ga. l. c.), ut dum litigatur, vi abstineant, und im Sinn von Brinz, Pandekten 2. Aufl. § 181 S. 737, um der allernächsten Gefahr vorzubeugen. Dass die interimistische Besitzconstituirung im Interdictenverfahren auch nach Einführung jener Interdicte oder Besitzschutzmittel am Platz, ja geboten ist, braucht nicht erst gesagt zu werden. Der bezeichnete Zweck kann nun aber in Betracht kommen und verfolgt werden, einerlei ob der Besitz entschieden oder unentschieden ist. Die Unentschiedenheit ist kein Grund für die Besitzconstituirung und die Besitzconstituirung kein Argument für die Unentschiedenheit.

§ 29. Zur Begründung der fraglichen Annahme, dass kein Theil als Besitzer gegolten habe, beruft sich Brinz weiterhin darauf, »dass das interdictum uti possidetis und utrubi späteren Datums sei als die Vindication in legis a. s.« S. 130. Er meint, es folge dann von selbst, dass es ein Rechtsmittel zur Austragung des Streites, Wer Besitzer sei, in der Zeit, da jene Vindication in's Leben trat, noch nicht gegeben habe. Ich glaube nicht, dass aus dem Mangel eines gewissen Rechtsmittels der Mangel eines Rechtsmittels folgt, wüsste jedoch nicht diesen Mangel selbst quellenmässig zu bestreiten. Nicht entfernt aber ist mir wie Brinz (S. 131) bei dieser Folgerung klar, dass die Vindication der alten Zeit von der Thatsache, dass der Eine Besitzer sei, nicht ausgehen konnte oder musste. Mangels der Interdicte konnte vor Beginn der Vindication, wie einzuräumen, nicht processualisch entschieden werden, Wer Besitzer sei: daraus kann aber nimmermehr geschlossen werden, dass Wer Besitzer sei nicht entschieden

sein, für entschieden gelten musste, nicht einmal, dass dies, wenn auch nicht processualisch, so doch auf andere Weise nicht entschieden werden konnte. Falls nämlich, um an das Letzte anzuknüpfen, auch in ältester Zeit nur bei Entschieden-sein der Besitzfrage der Eigenthumsstreit geführt werden konnte, der Besitzer der rechte Vindicationsbeklagte war, dann musste schon damals gelten: *inter litigatores quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit* (1 § 3 D 43, 17). Bei der letzteren Alternative lässt sich vermuthen, dass vor dem Interdictsprocess kurzweg ein magistratisches Decret das entscheidende Wort gesprochen habe. vgl. z. B. Leist a. a. O. S. 138; Göppert, Krit. Vierteljahrsschr. XIV. S. 539/40; Bruns, Besitzklagen S. 25 Z. 4 u. 5. Hiergegen wendet Brinz S. 136/7 Dreierlei ein. Einmal: es sei schwer an solchen Uebergang vom Einfachen zum künstlich Zusammengesetzten zu glauben. Allein dieser Uebergang ist der gewöhnlich angenommene Hergang in der Interdictsgeschichte, s. z. B. Bethmann-Hollweg, röm. Civilproc. § 54. § 98, wo S. 345 Gründe für die Bildung des eigentlichen Interdictsprocesses angegeben sind. Zweitens: nirgends sei eine prätorische Besitzconstituierung nach vorausgegangener richterlicher Besitzentscheidung anzutreffen, prätorische Besitzconstituierung sei aber mit vorausgehender prätorischer Besitzentscheidung nicht besser vereinbar, als mit vorausgehender richterlicher. Allein es steht auch nirgends und es spricht Nichts dafür, dass wann richterliche Besitzentscheidung ergangen war, nun das prätorische *vindicias dicere* wegfallen musste. s. o. S. 131. Auch macht Bruns, Besitzklagen S. 19 darauf aufmerksam, dass im Freiheitsprocess der Kaiserzeit über Parteirolle und Beweislast der Besitz entscheidet, welcher im Fall der Ungewissheit durch präjudicielle *cognitio* festgestellt wird; dass hingegen für den interimistischen Besitz während des Processes jener Besitzstand nicht

massgebend ist, vielmehr das alte Vindicienprincip gilt: post ordinatum liberale iudicium hominem liberi loco esse (25 § 2 D 40, 12). Drittens: das prätorische Decret müsse ein Machtanspruch gewesen sein, Wer Besitzer sein solle, wonach das prätorische Decret vor der Vindication nicht weniger Besitzconstituierung gewesen wäre, wie das in der Vindication. Dies könnte ohne Scheu acceptirt werden. Decretirte ursprünglich der Prätor in dem besondern Fall dass sich ein Besitzstreit bis vor ihn fortgepflanzt hatte, Wer possessor sein solle, um den Eigenthumsprocess auf die Bahn zu bringen, dann musste sich allmählich das Verlangen geltend machen nach richterlicher Entscheidung, Wer denn Besitzer sei. War aber in jenem besondern Fall der Eigenthumsprocess nach und gemäss dem prätorischen Decret begonnen und bis zum Ende der legis actio geführt, dann erliess der Prätor sein *vindicias dico* wahrscheinlich zu Gunsten des von ihm zum Beklagten gemachten Besitzers, legte damit diesem nun auch die Stellung von praedes litis et vind. auf. Mochte immerhin hier Decret auf Decret folgen.

Lehnt man den Schluss ab: weil keine Besitzentscheidung durch Interdicte, darum kein Entschiedensein des Besitzes, und hält an der oben entwickelten Auffassung der Vindicien-ertheilung fest, dann kann man auch das folgende Raisonement nicht annehmbar finden: Kommt bei der späteren Vindication, wann ein interd. retin. poss. vorausgegangen ist, oder, falls der Besitz streitig wäre, vorausgehen würde, nicht eine Besitzconstituierung vor, »so wird umgekehrt da, wo diese Constituierung vor Alters Platz griff, eine vorgehende Besitzesentscheidung durch das int. uti p. oder utrobi nicht Platz gegriffen, eine derartige Besitzesentscheidung mithin überhaupt nicht Statt gefunden haben. Denn nur zur Vorentscheidung über die Besitzfrage sind diese Interdicte überhaupt aufgestellt worden.« Brinz S. 135; ähnlicher Ansicht begegnet

man z. B. bei Bruns die Besitzklagen S. 18 al. 1, welcher doch ausspricht, dass der Zweck der Vindicen und der Interdicte gerade in der Hauptsache ein ganz wesentlich verschiedener war, welcher die Vindicenertheilung »wegen der Gleichheit der Parteien« für nöthig hält, was sich durchaus nicht einsehen lässt, und Brinz ähnlich argumentirt, dass diese interimistische Besitzzuweisung bei der spätern einseitigen Vindication nicht mehr nöthig war, »weil hier der Besitz schon vor der Vindication festgestellt sein musste.«

Freilich, als es jene Interdicte noch nicht gab, da kann auch eine vorhergehende Besitzentscheidung durch dieselben nicht Platz gegriffen haben. Allein jene Interdicte sind, wie Brinz selbst nachdrücklich betont, zur Vorentscheidung der Besitzfrage, also zur Feststellung der Parteirollen für den Eigenthumsprocess aufgestellt worden. Hingegen hat die »Vindicenertheilung oder Besitzconstituierung« nicht die Aufgabe der Vorentscheidung der Besitzfrage, es werden, wie auch Brinz anerkennt, durch sie nicht die Parteirollen für den Eigenthumsprocess festgestellt. Es kann demnach aus dem Dasein der Vindicenertheilung im Eigenthumsprocess nicht geschlossen werden, dass es eine dem Eigenthumsprocess vorausgehende Besitzentscheidung (mag sie immerhin nicht eine processuale gewesen sein) oder ein diesem Eigenthumsprocess vorausgehendes Entschiedenensein des Besitzes nicht gegeben habe. Fasst man also die *interdicta ret. poss.* als Rechtsmittel zur Vorentscheidung des Besitzes, dann bleibt innerlich unbegründet: »Wo unsere possessorischen Interdicte, da, kann man kurzgefasst sagen, keine Vindicenertheilung; wo Vindicenertheilung, da keine, da also noch keine Interdicte.« Brinz S. 135. Die Besitzconstituierung im Eigenthumsprocess hat mit den Interdicten als für den Eigenthumsprocess die Besitzfrage vorentscheidenden Rechtsmitteln gar Nichts gemein. Die hier vertretene Auffassung kann sich noch auf

die Ausführung von Leist a. a. O. N°. 33 S. 133 ff. berufen, während die von Brinz zuletzt bezeichnete Thatsache nur durch den (wohl auch von ihm selbst anerkannten) Hauptzweck der Vindiciertheilung nebst dem entsprechenden von den Interdicten gewährten Besitzschutz erklärt wird. — Zwischen Mangel der Besitzinterdicte und Irrelevanz des Besitzes für den Eigenthumsprocess besteht kein Causalzusammenhang.

§ 30. Stärker als die Ermangelung des Nachweises, dass bei der sacramenti actio in rem der Besitz unentschieden war, würde gegen die Ableitung der Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung von der Unentschiedenheit und Irrelevanz des Besitzes im besagten Process die Thatsache sprechen, dass im Gegentheil der Besitz entschieden und dies Entschieden-sein relevant war, dass der Beklagte als Besitzer galt und der Besitzer der rechte Beklagte war. — Die interdicta retinendae possessionis, die zum Schutz gegen »wirkliche Gefahr gewalthätiger Besitzentsetzung« (Brinz, Pandekten 2. A § 181) bestimmten Rechtsmittel, sind wie Ga. IV 148 bezeugt eingeführt oder aufgestellt worden, um für einen bevorstehenden Eigenthumsprocess den Besitz zu reguliren: *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi.* vgl. Zur l. a. s. § 7, 1. Wann Zwei um eine Sache in Streit geriethen, indem Beide sich das Eigenthum an derselben Sache beihielten, und wann zugleich ein Eigenthumsprocess zwischen ihnen wegen jener Sache bevorstand, dann besonders konnte beiderseitige Besitzprätension, Bestrittensein der Frage *uter possidere et uter petere debeat*, Gefahr ihrer eigenmächtigen Entscheidung, somit gewalthätiger Besitzentsetzung gegeben sein. Es konnte danach in diesem Fall, also im Interesse

friedlicher Anbahnung des Eigenthumsprocesses der Prätor bewogen sein ein Verbot zu erlassen, *ne sine vitio possidenti vis fiat* (Ga. IV 140), wodurch er dem possidens Schutz verschaffen und damit entscheiden lassen konnte, Wer der possidens sei, also auch *uter possidere et uter petere debeat*. Die Besitzthatsache für sich hatte bis dahin des ordentlichen Rechtsschutzes entbehrt; nicht dass sie rechtlich gleichgültig gewesen wäre (man denke z. B. an die Usucapion), aber der nicht obrigkeitlich erlangte Besitz hatte keine Klage, um sich constatiren zu lassen, geschweige denn dass er eine zu seiner Erhaltung oder Wiedererlangung gehabt hätte. Die Gewalt mochte immerhin schon vordem verpönt gewesen sein, aber es wurde dabei dem Besitz nicht nachgefragt. Ja es könnte, bevor es einen Eigenthumsprocess gab, in vorgeschichtlicher Zeit die Gewalt gegen den Besitz, sobald sie sich auf ein Recht gründete, also die Selbsthülfe des Eigenthümers erlaubt d. h. straflos gewesen sein. — Der nunmehr dem Besitz verliehene Schutz bestand nicht blos in dem unter den angeführten Umständen unzulänglichen prätorischen Verbot der Gewalt gegen den etwaigen Besitzer als solchen, sondern vielmehr einmal in der Bestrafung Desjenigen, der sich als Verbotsübertreter d. h. als Einer erwiesen hatte, welcher den nun constatirten Besitzer seines Besitzes mit Gewalt zu entsetzen unternommen hatte (vgl. Ga. IV 167 *poenae nomine solvere*. Ga. IV 141) und dann auch schon in der jenem Verbot nachfolgenden richterlichen Constatirung des Besitzes, wodurch eine öffentlich autorisirte, mit *auctoritas rei iudicatae* umgebene Stellung als possessor oder Beklagter für den Eigenthumsprocess geschaffen wurde. »Es sollte, erklärt Brinz, Pandekten a. a. O. S. 736, nicht blos verboten, sondern sofort entschieden werden, ob und wer von den beiden Prätendenten bei künftigem Aufeinanderstoss der Vergewaltiger, Interdiktsverächter, — mithin entschieden werden, wer Besitzer sei.« Dass die vis oder

Verbotsübertretung, welche das Interdictenverfahren erfordert, nicht eine ernsthafte sein durfte, wird, wie mir scheint, von Bruns, die Besitzklagen § 5 widerlegt; vgl. auch noch Brinz a. a. O. S. 739 von »und auch mit jener symbolischen Gewalt« bis »gegen wirkliche Gewalt geschaffen.« Nach Puchta-Jhering'scher Terminologie wäre hier nicht von symbolischer, sondern von repräsentativer Gewalt zu sprechen.

Man sollte nach alle dem nicht die Frage formuliren, ob Präparatorium einer rei vindicatio zu sein »Ursache«, oder aber »Folge« des Interdicts gewesen sei, wenn man wie Brinz a. a. O. S. 739 dabei Ga. IV 148 und Ulp. 1 § 2 D 43, 17 im Auge hat. Auch besteht trotz Savigny, Besitz 7. A. S. 394 Anm., dem hierin Viele ausdrücklich oder stillschweigend gefolgt sind, gar kein Grund zu verlangen, dass der Besitzschutz durch die interdicta retinendae possessionis denselben Grund oder Zweck gehabt habe, wie der durch die übrigen Besitzinterdicten und sonstigen Besitzschutzmittel gewährte. Es könnte sehr wohl sein, dass die interdicta adipiscendae und recuperandae possessionis wie die condictio possessionis den interdicta retinendae possessionis erst nachgefolgt sind; dass der durch die Schaffung der letzteren erst zu seiner activen Behauptung und Geltendmachung in den Stand gesetzte, also zu einer Position mit eigener Klagbarkeit erhobene Besitz hierdurch erst zu einem Rechtsobject von der Bedeutung geworden ist, dass man auch gegen seine Vorenthaltung, besonders nach gewaltsamer Entziehung, Rechtsmittel nicht versagen konnte. vgl. wegen der Reihenfolge auch Heusler, Die Gewere S. 107. 108. Der durch die interdicta retinendae possessionis gewährte Besitzschutz verdankt nicht einer apriorischen, dem materiellen Recht zugewandten Erwägung seine Entstehung, als: dem Gedanken an formales Unrecht, oder Wahrscheinlichkeit des Eigenthums, oder ökonomisches Interesse, oder irgend eine Priorität, oder, wie Jhering meint, dem

Interesse des Eigenthümers, oder gar der von Bruns widerlegten Jhering'schen »Idee einer provisorischen Regulirung des Eigenthumsverhältnisses.« Vielmehr ist jener specieller Besitzschutz ursprünglich in den praktischen Dienst des Processes und zwar des zur Einführungszeit geltenden Eigenthumsprocesses gestellt worden. Im Interesse des Eigenthumsprocesses sollte, falls der Besitz bestritten war, für Retention, damit für Feststellung oder Constatirung des Besitzes gesorgt werden. Hier zuerst trat das Bedürfniss nach einem Rechtsmittel hervor, welches zum Schutz des durch die Umstände gefährdeten gegenwärtigen Besitzes bestimmt, die erforderliche Gewissheit, bei Wem derselbe sei, herbeizuführen vermöchte. Man schuf die fraglichen Interdicte zum Schutz des gegenwärtigen Besitzes und schuf diesen Interdictenbesitzschutz für den Eigenthumsprocess. — Als sich an den Besitzprocess der Eigenthumsprocess nicht mehr immer anschloss, fand jener Anwendung, auch wann dieser anfänglich nicht bevorgestanden hatte. Auf die Frage nach dem Grund dieser Ausdehnung, nach dem Zweck eines Besitzprocesses, der in keiner Beziehung zum Eigenthum steht, haben uns die Römer keine Antwort ex professo ertheilt. Jhering's glänzende Hinweisung auf die Beweiserleichterung hat den ersten Anspruch bei der Beantwortung verwerthet zu werden.

Es würde viel zu weit von unserem Wege ablenken die oben ausgesprochene Kritik und den positiven Ersatz hier näher und allseitig auszuführen wie gegen die möglichen Einwürfe sicher zu stellen. Nur eine Bemerkung darf noch Platz finden. Die teleologische Rechtsbetrachtung, welche nach dem Grund des Besitzschutzes fragt, gestattet die Einnahme verschiedener Standpunkte. Ich meine aber, Wer nach dem Grund des römischen Besitzschutzes fragt, fragt nicht als Rechtspolitiker oder Gesetzgeber: soll und warum oder wozu soll der Besitz geschützt werden? Auch nicht als Rechtsphilosoph; wie lässt sich der Besitzschutz aus der Natur und

Aufgabe des Rechts, oder wie lässt sich der Rechtsschutz des Besitzes aus der allgemeinen Natur des Besitzes begründen? Er fragt auch nicht: wozu ist oder war der römische Besitzschutz da, was leistet oder leistete er? Das wäre die Frage nach seiner Bedeutung und mit dieser Frage, dünkt mir, beschäftigt sich Jhering unter dem Titel »Grund des Besitzschutzes«. Die Frage nach diesem Grund ist vielmehr eine Frage nach dem »Motiv« für die Schaffung einer Rechteinrichtung, sie ist eine historische, denn sie fragt nach der Ursache des Gewordenseins (o. S. 37): warum oder wozu ist der römische Besitzschutz geworden d. h. von den Römern geschaffen worden? Daraus ergibt sich nun ein Doppeltes. Zur Beantwortung der historischen Frage haben wir uns zuvörderst nach historischen Zeugnissen der Römer umzusehen, und wenn uns ein solches, wie dies mit Ga. IV 148 der Fall ist, zu Gebote steht, so haben wir an demselben so lange festzuhalten, als uns nicht eine einigermaßen exacte historische Kritik es zu verwerfen erlaubt und gebietet. Ist ferner die Thatsache der Schutzverleihung, nach deren Grund geforscht wird, eine historische, dann werden wir, eingedenk der Art wie andere rechtshistorische Schöpfungen vor sich gehen, nicht von vornherein verlangen bei unserer Nachforschung eine den gesamten ausgebildeten Besitzschutz auf ein Mal hervortreibende »Idee«, eine und dieselbe alle seine Gestalten erzeugende Ursache ausfindig zu machen. Wir werden es vielmehr für natürlich halten, dass, um mit Jhering, Geist des röm. Rechts § 39 zu reden, der abstracte Gedanke des Besitzschutzes erst in beschränkter Weise bei einem einzelnen Punkt, dem »historischen Durchbruchspunkt« desselben, zum Vorschein kommt, und erst nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung erlangt, die ihm seiner Natur nach gebührt. Die Verpönung der Gewalt gegen den (bestrittenen) Besitz behufs friedlicher Bestimmung des Besitzes für den Eigenthums-

process — dies halte ich für den historischen Durchbruchspunkt des ordentlichen activen römischen Besitzschutzes. Die *interdicta retin. poss.* als Regulatoren des Processbesitzes sind die ersten Repräsentanten dieses Schutzes. — Die Beurtheilung von Savigny's Anknüpfung des Besitzschutzes an die *possessio* des *ager publicus* wie so manche andere Erörterung muss ich mir hier versagen. Jherings dem Eigenthümer zugedachte »Beweiserleichterung« im Besitzprocess steht nicht auf der ersten Entwicklungsstufe; wie hätte man bei solchem Zweck die *interdd. ret. poss.* zuerst in präparatorische Beziehung zu einem nachfolgenden Eigenthumsprocess setzen können. Endlich der von Bruns mehrfach angezogene Ausspruch *possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet* (2 D 43, 17) dürfte eher eine Folge des Besitzschutzes sein, als den in Betracht kommenden Grund desselben enthalten.

Von der Abschweifung auf die Frage nach dem Grund des Besitzschutzes überhaupt kehren wir zu den *interdicta retinendae possessionis* zurück. Die oben entwickelte Auffassung derselben weicht, bei mehrfacher Uebereinstimmung mit Bruns' Weise »die scheinbare Verschiedenheit der historischen und dogmatischen Darstellung der Quellen beim int. U. P. zu erklären« (Besitzklagen S. 24), doch vorzüglich dadurch von derselben ab, dass sie die Frage nicht offen lässt, warum denn dem berichteten Zweck der Besitzregulirung nicht blos durch eine »präparatorische rein präjudiciale Cognition« Rechnung getragen worden ist. Dass die *interdicta retinendae possessionis causa* Rechtsmittel *retinendae possessionis causa* sind, Rechtsmittel sind, welche dem Besitzschutz dienen, fand Gaius, wo er vom Zweck der Einführung dieser *interdicta retinendae possessionis* (nämlich des *Uti p.* und des *Utrubi*) spricht (IV 148) nicht erst noch zu versichern nöthig, zumal er IV 143 vorausgeschickt hatte, dass die *Interdicte*

vel adipiscendae possessionis causa comparata sunt vel retinendae vel recuperandae. cf. Paul. V 6, 1. Man sollte erwarten, dass seine glaubwürdige und von keinem Römer widersprochene Angabe des Einführungszweckes jener Besitzschutzmittel, welcher auf dem oben gezeigten natürlichen Zusammenhang zwischen Dejectionsgefahr und bevorstehendem Eigentumsprocess beruht, einfach hingenommen worden wäre. Allein merkwürdiger Weise wird über die ursprüngliche Bestimmung der fraglichen Interdicte von unseren Juristen ein lebhafter Streit geführt, den selbst Bruns, der über demselben steht, nicht beizulegen vermocht hat. Die Einen lassen die ursprüngliche Bestimmung der fraglichen Interdicte in der »Präjudicialfunction« aufgehen, sie einzig dazu bestimmt sein, die Parteirollen für die Vindication festzustellen: vgl. z. B. Jhering, Grund des Besitzschutzes 2. A. S. 76 ff. 92 ff. und noch deutlicher Krüger, Kritische Versuche S. 79, 86 und besonders S. 108; ebenso einseitig und von Gaius abweichend behaupten die Gegner dieser Meinung, dass »die Interdicte von vornherein einem anderen Zwecke gedient haben müssen, und zwar, wie das *vim fieri veto* anzeigt, dem Schutze des Besitzers gegen das in der Gewalt liegende Unrecht«; vgl. (statt Anderer) Eck, doppelseitige Klagen §. 30/31. Savigny, der auf dieser Seite vorangeht, lässt bei seiner Behauptung, dass die Besitzregulirung die Entstehung des Interdicts nicht veranlasst haben könne, so viel ich sehe, die Hauptstelle Ga. IV 148 ausser Betracht und polemisiert (Recht des Besitzes 7. A. S. 393 N. 3, S. 399 N. 1) nur gegen Ulp. 1 § 2, 3 D 43, 17, auf welche Stelle die von ihm bekämpfte Meinung mit gestützt zu werden pflegt. Manche Gelehrte haben zu verschiedenen Zeiten einer anderen der beiden Parteien angehört. So streitet z. B. Karlowa, Beiträge z. Geschichte d. röm. Civilproc. S. 52. 53 gegen Savigny, während er in der Schrift »Der röm. Civilproc. z. Z. d. Legislationen« S. 102

als die ursprüngliche Bestimmung der intt. ret. poss., die erklärt, den Besitzer gegen Beeinträchtigungen zu schützen und die Anwendung des Interdicts auf die Bestimmung der Parteilrollen einem zweiten Schritt künstlicher Fortbildung angehören lässt. Der umgekehrte Meinungswechsel ist bei Brinz anzutreffen. Im Lehrbuch der Pandekten 2. A. wird von den possessorischen Interdicten unter der Rubrik »Geltendmachung und Schutz« »des Besitzes« gehandelt. Insbesondere heisst es von den interdicta ret. poss. mit Bezug auf Ga. IV 148 und 1 § 3, 4 D 43, 17, dass in gewisser Beziehung nur diese als Besitzesschutz bezeichnet werden können, insofern nämlich als Schutz gegen die bereits verübte Gewalt (wie bei den intt. recup. poss.) nicht mehr möglich sei. § 180 S. 731. Im § 181 wird sodann die Richtung jener Interdicta gegen wahre Gewalt und auf Erhaltung des Friedens als Lehre des römischen Rechts mit ebenso viel Nachdruck als Anschaulichkeit nachgewiesen. Da wird z. B. S. 734 gesagt, dass nach römischem Recht »die Gefahr gewaltsamen Besitzesverlustes keine bloß genügende, sondern die nothwendige Voraussetzung unseres Interdictes sei... dass das i. u. p. so wesentlich als es retinendae p. ist, von der Gefahr des Besitzesverlustes ausgeht«. Nach S. 738 unten ist das persönliche Gewaltsverbot des Prätors nicht bloß von formaler Bedeutung gewesen. Und S. 739 erklärt Brinz, »trotz Gajus IV 148 u. Ulp. 1 § 2 h. t.«, dass unser Interdict nicht ursprünglich bestimmt gewesen sei die rei vindicatio zu präpariren, Letzteres nicht seine »Ursache« gewesen sei. »Um ein solches Präparatorium zu schaffen, würde man kaum auf ein Interdict verfallen sein.« In durchgängigem Gegensatz zu dieser Auffassung heisst es in der Schrift »Zur Contravindication« S. 133 u. »Zu dem Allem sind aber auch unsere Interdicta ja nicht zum Schutze des Besitzes, sondern zur Besitzesregulirung »aufgestellt« worden;« S. 131 »in Wahrheit

ist es ihnen nicht um den Ausschluss der Gewalt, wie den übrigen Interdicten, sondern um Entscheidung eines Besitzstreites und Präparation des Eigenthumsstreites zu thun«... »Wir Neuere, sagt Brinz S. 132 unter Verweisung auf Bruns, die Besitzklagen § 4 wie auch auf seine eigenen Pandekten, haben zwar auch diesen Interdicten eine Richtung gegen wahre Gewalt und auf Erhaltung des Friedens zu geben gesucht; allein Gaius und Ulpian kennen keine weitere Bestimmung derselben als die präparatorische, possessorische im Sinne unseres Possessoriums.« Dass hingegen Letzteres nicht von Gaius und entfernt nicht von Ulpian gilt und dass jene Richtung den Interdicten nicht erst von Neueren gegeben worden ist, geht nicht bloß aus zahlreichen römischen Zeugnissen, wie sie von Brinz und Bruns benützt sind, z. B. I § 4 h. t. hervor, sondern wird gerade von diesen Gelehrten (von Bruns gegen Jhering) an den angegebenen Orten festgestellt. Erklärt endlich Brinz, Zur Contravind. S. 132, dass »die Interdicta für die controversia possessionis und die Entscheidung der Besitzesfrage erst künstlich brauchbar gemacht worden« seien — wobei an die *vis ex conventu* und die *sponsio quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit* zu denken ist — so erhebt sich wieder das Bedenken, dass nicht ein natürlich brauchbares Mittel angewendet worden ist, wenn es sich wirklich nur um Erfüllung der alleinigen präparatorischen Bestimmung handelte, und wenn gar unsere Interdicta in die erste Zeit der freien Formelbildung zu setzen sind, wofür sich Krüger ausspricht, wohin Brinz (S. 131. 132) zu neigen scheint. Dieses Bedenken ist durch Krüger, Krit. Versuche S. 86 nicht weggeräumt, sowie von Brinz, Pandekten S. 738/9, obwohl nicht ausdrücklich, geltend gemacht worden. Viel schärfer geht Bruns, Besitzklagen § 5 besonders S. 36/7 mit der fraglichen von Krüger nach Constatirung der *vis ex conventu* bei Gaius aufgestellten

und von Brinz, Zur Contravindication, erneuerten Ansicht ins Gericht. — Zur Beleuchtung und Würdigung der erwähnten Controverse kann vielleicht die Betrachtung eines nicht ganz unähnlichen Falles dienen. Angenommen die Forscher in der Urgeschichte der Menschheit stehen vor der Nachricht, dass die Feuerreihhölzer zum Rösten der Getreidekörner eingeführt worden seien. Was würden wir nun dazu sagen, wenn jene Forscher einen Streit darüber führten, ob das Rösten des Getreides die ursprüngliche Bestimmung der Reihhölzer gewesen, oder aber die Reihhölzer zur Bereitung des Feuers eingeführt worden seien, während ihre Verwendung zum Rösten des Getreides ein zweiter Schritt in der Entwicklung, also nicht die ursprüngliche Bestimmung gewesen sei. — Das Bedürfniss nach Sicherstellung insbesondere Feststellung des Besitzes trat nach Gaius' glaubhafter Aussage zuerst hervor, wann ein Eigenthumsprocess bevorstand. Hier zuerst gab der Prätor Schutzmittel für den solchenfalls in der Retention bedrohten gegenwärtigen Besitzer, womit zugleich er den Weg zur erstrebten Ermittlung des gegenwärtigen Besitzers eröffnete. Denn wollte er nicht blos Gewalt verbieten, sondern auch sein Verbot aufrecht erhalten und den Uebertreter und Besitzverächter büssen lassen, so konnte er nicht umhin entscheiden zu lassen, Wer dieser d. h. bei Wem der Besitz sei; daher sagt Ga. IV 166^a *iudex . . . requirit (quod) praetor interdicto complexus est, id est uter eorum . . . possederit.*

Es hat nun manchen Anhalt und wird darum von Vielen angenommen (vgl. Krit. Vierteljahrsschr. XIX S. 214), dass die *interdicta retinendae possessionis* vor der *lex Aebutia*, oder, worauf es hier ankommt, wenigstens vor der *petitoria formula* eingeführt worden sind. Haben dieselben nun den von Gaius angegebenen plausibeln und von Brinz, Zur Contravind. S. 131. 133 nachdrücklich anerkannten Zweck gehabt für die *rei contro-*

versia die Entscheidung herbeizuführen, *uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat*, so muss der Gegensatz von possessor und petitor bei der in rem actio schon vor der Einführung jener Interdicte vorhanden und belangreich gewesen sein. Und sind jene Interdicte schon vor der in rem actio per formulam petitoriam eingeführt worden, so muss der Gegensatz von possessor und petitor, danach auch der Besitz schon für die vorausgehende Form des Eigenthumsprocesses relevant gewesen sein.

§ 31. Diesem Ergebniss, welches die Möglichkeit ausschliesst, die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung in der sacramenti actio in rem durch die bewusste Irrelevanz des Besitzes zu begründen, könnte man auf zwei Wegen zu entgehen versucht sein. An einen dritten Ausweg, die Bezweiflung und Verwerfung von Gaius' Zeugniss, ist nicht zu denken angesichts der Glaubwürdigkeit desselben und des Mangels abweichender zuverlässiger Nachrichten. Zudem sind Viele der Meinung, dass Ulpian in 1 § 2, 3 D 43, 17 dasselbe wie Ga. IV 148 sage; auch wenn dies, wie ich glaube, nicht ganz der Fall ist, so stimmen doch Ulpians Aeusserungen mit Gaius' Angabe zusammen, gewähren ihr einen Rückhalt, und was Savigny, Besitz § 37 N. 1 (besonders a. E.) Ulpian entgegenhält, reicht zur Verwerfung seines Zeugnisses lange nicht aus. — Man könnte einmal bestreiten, dass die *interdicta retinendae possessionis* so alt sind, als angenommen worden ist. Die *interdicta* und *decreta*, magistratische Befehle an eine Partei, oder die Parteien mit darauf gegründetem Process, bilden die sachliche Zwischenstufe zwischen der gesetzlich gewährten *legis actio* und den späteren Edictsklagen als Verheissungen an das Publicum nebst Befehlen an den Richter. Lässt man, wie allgemein geschieht, die Interdicte überhaupt der *Legisactionenzeit* angehören, dann müssen es gewichtige Gründe sein, welche die relative Jugend speciell der *interdd.*

retinendae possessionis ergeben sollen. Brinz (der im Lehrb. d. Pand. 2. A. S. 262 diese Interdicte von altersher wirken lässt) hebt »Zur Contravind.« S. 131 als solche Gründe hervor ihre raffinierte Anlage, die Entfernung ihres Zweckes vom sonstigen Interdictenzweck und den Umstand, dass sie für die Entscheidung der Besitzfrage erst künstlich brauchbar gemacht worden, entgegen den übrigen Interdicten so zu sagen *utiles actiones* seien. Allein alles Drei spricht nicht gegen die obige Altersannahme, wonach unsere Interdicte schon vor der in *rem actio per formulam petitoriam* erschienen sind. In der raffinierten Anlage sehe ich die Unbehüllichkeit einer Zeit, da der Prätor zwar befehlen und die Missachtung seines Befehls untersuchen und bestrafen lassen konnte, in der es ihm aber noch nicht gegeben war nach Bedürfniss eine *praedicialis formula* oder eine *actio in factum* zu erteilen und ohne dass seine *auctoritas* in Frage kam richterlichen Schutz gegen Verletzungen zu gewähren, die er zu ahnden allgemein verheissen hatte. Der Zweck ferner der Interdicte *Uti possidetis* und *Utrubi* ist die *retinenda possessio* oder Besitz-erhaltung und dieser Zweck ist vom sonstigen Interdictenzweck nicht entfernt. Dass aber diese Besitzschutzmittel eingeführt worden sind zum Zweck der Feststellung des Besitzes oder der Entscheidung der Besitzfrage für den Eigenthums-process, würde, wie mir scheint, erst dann dafür sprechen, dass sie jünger sind als die anderen Interdicte, wenn wir wüssten, dass dieser Zweck in älterer Zeit keinen Raum hatte. Betrachtet man endlich unsere Interdicte als wirklich prohibitorische Rechtsmittel *retinendae possessionis causa* zum Schutz gegen Gewalt wider den *possidens*, dann liefern sie natürlich und *implicite* die Entscheidung der Besitzfrage. Künstliche Utilisirung finde ich nur dann, wenn man sie mit Krüger als »reine Präjudicialklagen« betrachtet. Es möchte vielleicht noch an die *vis ex conventu* gedacht werden. Mir

scheint aber diese repräsentative Gewalt ebenso viel und ebenso wenig künstlich, jedenfalls aber ebenso alterthümlich zu sein, wie die *vis ex conventu* beim *lege agere sacramento in rem*, nämlich das *vindicare*.

Man könnte dem Ergebniss des vorigen Paragraphen zweitens dadurch zu entgehen versuchen, dass man die *interdicta retinendae possessionis* zwar — wogegen schwer aufzukommen — schon der *Legisactionenzeit* angehören, jedoch mit Rücksicht auf das Verfahren *per sponsionem* eingeführt worden sein lässt: fürwahr eine Verlegenheitshypothese! Dabei wäre voranzusetzen, dass die *in rem actio per sponsionem* schon vor der *lex Aebutia* und neben der *sacramenti actio in rem* bestanden hat. Allein es dürften doch bestimmte Umstände der *in rem actio per sponsionem* einen späteren Zeitpunkt des Geltungsanfangs, ein anderes Verhältniss zu unseren *Interdicten* zuweisen, als zur Ablehnung des obigen Ergebnisses voranzusetzen wäre. Da ist zunächst die *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, vgl. Keller, *Civilproc.* N. 304 im Anf. gegen Stintzing. Gaius IV 94 sagt, dass sie *in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus a possessore petitori dabantur*. Niemand, so viel ich weiss, selbst Stintzing nicht (Verhältniss der l. a. s. S. 58), dem dieser Sinn zu Gute käme, hat diese Stelle dahin verstanden, dass *olim cum lege agebatur* blosser Zeitbestimmung sei, sich also auf Anwendung des Sponsionsverfahrens in der *Legisactionenzeit* beziehe, vom ehemaligen Vorkommen von *praedes* in diesem Verfahren handle. Man hat vielmehr, insbesondere hat Stintzing a. a. O. der Stelle die Deutung gegeben, »dass die *Stipulation pro praede litis et vindiciarum* heisse, weil sie an die Stelle der *praedes* im alten *Vindicationsprocess* getreten sei.« Legt man nun diesen vorzuziehenden Sinn zu Grunde und stellt sich zugleich die *in rem actio per sponsionem* als Zeitgenossin

der sacramenti actio in rem vor, dann ergibt sich, dass in dem einen der beiden concurrirenden oder doch parallelen Verfahren praedes bestellt werden, im anderen stip. pro praede. Huschke, Gaius S. 189 sucht diese etwas anstössige Differenz durch die Annahme zu erklären, dass »die Bürgschaft für den bloß privatrechtlich erlangten Besitz nur eine privatrechtliche war.« Danach möchte man vermuthen, dass im int. Uti p., wo eine publicistische Besitzconstituierung vorzukommen scheint (Ga. IV 166) dereinst praedes die fructuaria stipulatio vertraten. Indessen ist bei der obigen Vorstellung die Succession (*successit*) in Ga. IV 94 nicht genügend berücksichtigt. Dass von dieser die Rede sein könne, müssen die praedes der stip. pro praede Platz gemacht haben, gewichen sein, und das kann nach dem angenommenen Sinn von Ga. IV 94 nicht ohne Begleitung ihres Anwendungsgebiets geschehen sein. M. a. W. in einem gewissen, für uns allerdings ungewissen Mass, muss die in rem a. per spons. die sacr. a. in rem thatsächlich abgelöst haben. Diese von Keller angedeutete Argumentation wird von Karlowa, Beiträge S. 54/5 ausgeführt, während neuerdings Wach zu Keller es für sicher erklärt, dass das Sponsionsverfahren das Sacramentsverfahren nicht verdrängt habe; für die hereditatis petitio und Ciceros Zeit ist dies nach Cic. in Ver. I 45 zuzugeben. Der besagte Successionshergang könnte freilich im Uebrigen und wenn man von Quellen absieht noch vor der lex Aebutia, könnte insbesondere noch vor Einführung unserer Interdicte erfolgt sein. Hat aber das Sponsionsverfahren in dieser alten Zeit diejenige Gestalt gehabt, die Gaius schildert — und es fehlt jede Stütze zu einer Anderes ergebenden Vermuthung — d. h. hat damals nicht Vindicieren theilung im Sponsionsverfahren Statt gefunden, dann wird man dies Verfahren für jünger halten müssen, als unsere Interdicte, auch wenn es vor der lex Aebutia galt, wird also annehmen, dass die Einführung der Interdicte nicht mit Rücksicht auf dasselbe geschehen

sei. Die prätorische Besitzconstituierung ging auf Herstellung eines sichern Besitzstandes für die Dauer des Processes. Ohne solche Fürsorge ist ein geordneter Rechtsgang nicht zu denken und eine solche Fürsorge ist nicht schon mit der stipulatio pro praede gegeben. Fehlt dem Sponsionsverfahren die prätorische Vindicierentheilung, so werden die interdicta retinendae possessionis causa zu Gebote stehen und als Besitzschutzmittel die erstere vertreten. Vor diesen Interdicten kann ein Eigenthumsprocess ohne Vindicierentheilung kaum bestanden haben, als was wir doch das Sponsionsverfahren anzusehen haben. Sind aber, wie hiernach anzunehmen ist, die Interdicta vor diesem, dann sind sie nicht wohl wegen dieses, sind also wegen der sacramenti actio in rem.

§ 32. Dass schon vor Alters der Besitzer als der zu Belangende, als der rechte Beklagte, und darum auch wirklich der Beklagte als Besitzer galt, dafür scheint mir auch 3 D de litigiosis 44, 6 Zeugniß ablegen zu können: Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo duriorum adversarii condicionem facere. sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur: fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est. (Gaius libro sexto ad legem duodecim tabularum). Dieses Verbot lässt sich mit Friedenthal, de rerum litigiosarum alienatione ex i. Rom. p. 51 sehr wohl von einem Verbot der Dedication der Sache vor der Bestellung des Judiciums verstehen, überhaupt vor dem Zeitpunkt, da die Personen durch beiderseitige Vindication und darauf gegründeten Sacramentsstreit in das Verhältniss von Parteien eines eröffneten Processes getreten sind, mithin verstehen nicht als Verbot der Dedication einer res litigiosa, sondern als ersten Fall des Verbots der später im Edict allgemein genannten alienatio iudicii mutandi causa. vgl. 12

D 27, 10 vv. *dedicari* und *alienatio*. Zwar betraf nach F. Th. Alb. Schmid, de litig. rerum alienatione § 27 der prätorische Schutz auch die *alienatio post iudicium acceptum*, welche im ersten Theil des betreffenden Edicts erwähnt gewesen wäre, allein die dafür angeführten Argumente unterstützen diese Vermuthung keineswegs. Nicht deutet *ex illa parte* u. s. w. in 12 D 4, 7, noch das *ve* der Edictsworte *quaeve alienatio i. m. c.* in 8 § 1, noch die dortige Interpretation dieser Worte auf einen vorausgehenden Theil des Edicts, der von der *alienatio post iud. acceptum* gehandelt hätte; für die Edictsrestitution ist Rudorffs (Ed. perp. § 45) *Quae manumissio* aus mehreren Gründen vorzuziehen. Auch enthalten die 3 § 1 und 4 § 2 ib. so wenig wie 16 D 39, 3 Fälle der prätorischen *actio in factum* wegen *alienatio post iud. acceptum*, was hier nicht näher ausgeführt zu werden braucht.

Gesetzt das fragliche Verbot betreffe die Veräusserung einer *res litigiosa*, beziehe sich also auf die *Dedication*, welche *post iudicium acceptum* vorgenommen wird, so ist nicht abzusehen, wie die Lage der einen Partei dadurch härter werden kann, dass die andere die Sache in *sacrum* dedicirt. Die Verschlechterung der *condicio adversarii* soll, so scheint es Gaius aufzufassen, darin bestehen, dass er *potentiori adversario traditus est*. Aber zunächst der Kläger, welcher einmal mit dem Beklagten die *Legisactio* durchgeführt und *iudicio contrahit* hat, kann durch keine einseitige ausssergerichtliche Handlung dieses Beklagten gehindert werden seinem bisherigen *adversarius* gegenüber den Process fortzusetzen und zu Ende zu führen. Desselben *praedes sacramenti* sind, was immer er einseitig thun mag, im Fall des klägerischen Sieges der öffentlichen *Casse* haftbar. Und hat er die *Vindicien* erhalten und *praedes* dafür bestellt, so bleiben auch diese für den Kläger verhaftet, gleichwie der bisherige Beklagte selbst *ex causa*

indicati verbindlich gemacht wird. Sollte sich aber der Beklagte, welcher nicht die Vindicien erhalten hat, beikommen lassen die vom Kläger besessene Sache in sacrum zu dediciren — was einstweilen als möglich gelten soll — so würde solche Dedication nichtig sein und den Kläger nicht beeinträchtigen, wenn sich sein Eigenthum erweist, da man nicht eine fremde Sache ohne Consens des Eigenthümers wirksam dediciren kann; mit dem Gegentheil, mit der Wirksamkeit solcher Dedication wäre das Ende der Stelle d. h. der Umstand unvereinbar, dass der Kläger durch die Dedication einen mächtigeren Widersacher erhält, vgl. auch Cic. pro domo c. 45 und 46. 9 J 2, 1. — Ebenso ist umgekehrt, wenn die Dedication von dem Kläger vorgenommen worden ist, der Beklagte nicht verhindert in iudicio seinen bisherigen adversarius auch ferner als Kläger anzusehen, an der Abhängigkeit des Processausgangs vom Nachweis des vom Kläger in iure für sich behaupteten Eigenthumsrechts festzuhalten. Lässt sich hiernach nicht absehen, wie durch Dedication der res litigiosa seitens einer Partei die andere einem neuen adversarius gegenübergestellt werden könnte, so wird man dazu gebracht die Voraussetzung aufzugeben und das fragliche Verbot nicht auf die Veräußerung einer res litigiosa zu beziehen. Dem angeführten sachlichen oder praktischen Grunde tritt der folgende sprachliche an die Seite. Die Compileren haben unser Fragment durch Aufnahme in den Titel de litigiosis mit der Litigiosität in Zusammenhang gebracht. Dass aber der Verfasser Gaius, der hier für uns massgebend ist, unter der *res de qua controversia est* nicht eine res litigiosa verstanden, dass er das Zwölftafelverbot als Verbot einer Art der alienatio iudicii mutandi causa aufgefasst hat, dürfte aus der Uebereinstimmung der in 3 cit. sichtbaren Ausdrucksweise mit der in 1 und 3 D de alien. iud. mut. causa facta 4, 7 von Gaius gebrauchten hervorgehen. Den am ersten Ort angegebenen

Zweck des Veräußerungsverbots: *ne liceat eo modo duriorem adversarii condicionem facere* und den auszuschliessenden Erfolg: *potentiori adversario traditus est* finden wir an den beiden letzten Stellen wieder in den Wendungen: *ne cuius deterior causa fiat; iudiciorum exitum interdum duriorem nobis constitui opposito nobis alio adversario; durior nostra condicio fit; durior nostra condicio facta intelligitur; potentior nobis opposuerit adversarium; potentiori pares esse non possumus.*

Das in Rede stehende Verbot auf eine Art der alienatio iud. mut. causa zu beziehen werden wir andererseits nicht gehindert durch den Ausdruck *Rem de qua controversia est*. Denn wie Ga. IV 148: *cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est* ergibt (s. auch Ga. IV 17. 139 und Ga. 15 D 44, 2), bedeutet *controversia est* in Gaius' Munde nicht nothwendig einen bereits begonnenen Process. Vgl. andererseits *fundus litigiosus* bei Ga. IV 117^a, *res litigiosa* und ihre Definition für das Augustische Edict in fr. de iure fisci 8. Ferner darf man keinen Anstoss daran nehmen, dass des Verbots in der hier vertretenen Auffassung von den römischen Juristen nicht im Zusammenhang mit den einschlägigen Edictsbestimmungen Erwähnung geschieht — ganz abgesehen von den möglichen Auslassungen bei der Digestenherstellung. Das Verbot war zu Gaius' Zeit unpraktisch geworden, daher man auch zweifeln konnte, ob die Strafe dem Fiscus oder dem benachtheiligten Gegner zu entrichten sei. vgl. Jhering, Geist d. r. R. § 52 N. 139. Das Verbot fing an unpraktisch zu werden, als es aufhörte üblich zu sein sich des streitigen Gegenstandes durch Dedication zu begeben. Man bedurfte dann der weiter greifenden jedoch ausdrücklich dolus malus voraussetzenden honorarischen Rechtshülfe, einer actio in factum ex delicto, aber nicht poenalis, während die zwölf Tafeln schlechthin auf das Factum poena dupli gesetzt hatten. Zur

dedicatio in sacrum konnte sich Wer der Schwäche seiner Position sich bewusst war, leicht bewogen finden. Was er nicht behalten oder erlangen zu können hoffen durfte, mochte er lieber der Kirche zuwenden, als ein *sacramentum* riskiren und vielleicht noch Andere (*praedes*) in Schaden bringen. Die Kirche aber mochte die Widmung annehmen im Vertrauen auf ihre mächtigere Stellung und vielleicht auch im Gedanken, dass ihr *sacramentum* wenn verfallen doch wieder ihr selbst zu Gute kommen werde: vgl. Friedenthal l. p. 51. Varro, de L. L. V 180 cf. 83. Festus s. v. *sacramentum* i. f.

Vom Standpunkt des Ergebnisses, dass das Zwölftafelverbot einer *alienatio iudicii mutandi causa* gilt, erhebt sich nun die Frage, ob das Verbot auf beide Theile, auf beide künftige Processparteien gerichtet sei. Für die Beschränkung des Verbots auf die vom künftigen Beklagten ausgehende Veräusserung kann man die Thatsache anführen, dass vom späteren, sachlich weiter gehenden edictalen Verbot trotz 11 und 12 D 4, 7 nicht völlig feststeht, ob es die *alienatio* auch seitens des in Aussicht stehenden Klägers betroffen hat, dass jedenfalls diese Richtung desselben ganz im Hintergrund steht. Um das Zwölftafelverbot auch auf die Klägerseite zu beziehen, muss die Möglichkeit einer *dedicatio in sacrum* ohne Besitzübertragung d. h. Besitzaufgebung und Besitzverschaffung vorausgesetzt werden. Denkt man nämlich den zu erwartenden Kläger als bereits im Besitz der Sache befindlich und den Dedicatar als durch die Dedication in den Besitz der Sache gebracht, so denkt man beide zugleich ausser der Lage, wegen der Sache erst noch zu klagen. Wenn sich die hiernach vorauszusetzende Möglichkeit einer *dedicatio in sacrum* ohne Besitzübertragung nicht mit Gewissheit ergeben sollte, so müsste der Beschränkung des Zwölftafelverbots auf die vom künftigen Beklagten ausgehende Dedication der Vorzug gegeben werden. Jene Möglichkeit lässt sich nicht folgern, aus der Möglich-

keit Grundstücke in absentia zu mancipiren. Dürften die Wort-
 erklärungen von Festus: *Dedicare autem proprie est dicendo*
deferre und Isidorus: *Quod deo datur aut consecratur aut*
dedicatur, dicendo datur, unde et appellatur als erschöpfende
 Sacherklärungen gebraucht werden, dann könnten Besitz
 und Besitzverleihung nicht zu den Erfordernissen der dedicatio
 zählen. Dabei müsste der in jenen Erklärungen nicht er-
 wähnte Zusatz *in sacrum*, bei welchem nur eine »lokale
 oder substantielle Nebenbestimmung« supplirt werden kann
 (Voigt, Krit. Vierteljahrsschr. XIX S. 137) nicht, wie man
 erwartet, etwas Reales oder Verwirklichtes — denn durch
 Reden kommt keine Sache in den Tempelschatz — sondern
 eine vorgestellte Destination ausdrücken. Nach römischen Be-
 griffen ist der weltliche Act der Dedication von der kirchlichen
 Consecration durch die Pontifices zu unterscheiden. s. Becker-
 Marquardt, röm. Alterthümer IV S. 223 ff. Wo beide Acte
 verbunden vorkommen, wie bei der Einweihung eines Tempels,
 fand manu dedicare Statt, fassten der Priester, wie der Dedi-
 cant das gegenwärtige Dedicationsobject, nämlich den Thür-
 pfosten des einzuweiheuden Tempels an. So feierlich oder
 pomphaft ging es nicht bei jeder Dedication zu, und die
 dedicatio konnte auch für sich allein vorkommen. Nur ent-
 stand, so scheint es nach Festus s. v. *sacer mons*, ohne priester-
 liche Consecration dereinst kein sacrum. Andererseits wäre
 noch möglich, dass nicht jede dedicatio in sacrum auf Schaffung
 eines sacrum ausging. — Sollte es nach alle dem fraglich bleiben,
 ob das in sacrum dedicare mit bloßen Worten zu vollziehen
 war, so wählen wir einstweilen das Wahrscheinliche, dass
 auch Besitzverleihung erforderlich war, lassen somit das Zwölf-
 tafolverbot nur auf die Beklagten- und nicht auf die Kläger-
 seite gerichtet sein. Dass es dann nicht gemeint haben könne,
 die vor der dedicatio in sacrum als adversarius in Betracht
 kommende Person vermöge sich durch bloße Widmungserklärung
 ohne entsprechende

Werkthätigkeit ihrer bisherigen Passivlegitimation zu entziehen, kann füglich nicht bezweifelt werden. Demnach erübrigt nur anzunehmen, der (künftige) Kläger werde durch die bei der *dedicatio in sacrum* Statt findende Besitzübertragung seines Gegners einem *potentiori adversario traditus*, der Letztere sei durch die Besitzerlangung *adversarius* geworden, der Besitz also für die Beklagtenrolle entscheidend, es gelte von der ältesten Gestalt der *alienatio iudicii mutandi causa* was anlässlich der späteren ausgesagt wird, dass *in rem actioni possessio pariat adversarium* . . . 1 C de alienatione iudicii mutandi causa facta 2, 54.

§ 33. Bringen wir am Ende der mit § 28 beginnenden Prüfung noch die natürliche Betrachtungsart in Anwendung, soweit sich in Dingen des Rechts und eines positiven Rechts von Natur oder Natürlichkeit sprechen lässt, dann zeigt sich Folgendes. Nach natürlicher Anschauung konnte vor dem *interdictum Utrubi* kein Anderer als Besitzer einer beweglichen Sache gelten, als der diese Sache besass, in Händen, im Gewahrsam, unter factischer Herrschaft hatte, sei es unmittelbar, sei es mittelst seiner Mauern oder Sklaven. Mochte in jener Zeit immerhin Einer *usucapiren*, also derart Eigenthum erwerben können, wenn ein Anderer für ihn die Sache besass d. h. mochte gleich in Ansehung der *Usucapion* der Inhaber vor dem Recht nicht zugleich der Besitzer der Sache sein: wenn ihr vermeintlicher Eigenthümer den Besitz dieser seiner Sache zu erlangen gedachte, so konnte ihm für den Weg der That wie für den nachgebildeten des Rechts d. h. wenn er *processiren* wollte, kein Anderer als Besitzer erscheinen, als der die Sache besass, in Händen, in Gewahrsam, unter factischer Herrschaft hatte. Wer nun dies sei, kann bei einer beweglichen Sache, bei einem Sklaven oder einem Stück Vieh nicht leicht zweifelhaft sein, lehrt meist der Augenschein. Es bildet aber, wie Brinz, Zur Contravind. S. 127 betont,

der Besitz, nämlich seine Erlangung, Wiedererlangung zu jeder Zeit den Endzweck des Eigenthumsprocesses. Kommt also A vor den Prätor und erhebt den Eigenthumsprocess, dann kann weder dieser ihn, noch er selbst sich als Besitzer ansehen: was man hat kann man nicht erlangen oder wiedererlangen wollen. Bringt er aber den B sammt der zu erlangenden Sache in's Gericht, so muss zunächst er selbst den B als im Besitz befindlich ansehen. Den Besitz, den er mittelst des Eigenthumsprocesses erlangen will, kann er natürlicher Weise von keinem Anderen erlangen wollen, als von dem, der ihn hat. Zwar meint Brinz S. 138, eine Thatsache, welche wie der Besitz des Gegners nur bestritten zu werden brauchte, um, weil unentscheidbar, in der Vindication ausser Betracht zu bleiben, sei um eben desswillen bei der Vindication leicht möglich gar nicht in Betracht gezogen worden; habe man sie aber in Betracht gezogen und wegen des gegnerischen Besitzes die sacramenti actio in rem versagt, so sei der Nichtbesitzer versucht gewesen den Besitz seines Gegners fälschlich zu bestreiten und sich damit diese sacr. actio in rem zu wahren. Aber wenn der Kläger unternimmt vor dem Magistrat vom Beklagten zu sagen, dieser sei nicht Besitzer, so muss er sich die Antwort gefallen lassen: dann kannst Du auch nicht gegen B Eigenthumsprocess führen d. h. nicht von B, der in Deinen Augen nicht besitzt, den Besitz erlangen wollen. Die Worte *non videtur possessioni renuntiasse qui rem vindicavit* aus 12 § 1 D 41, 2 stehen nicht entgegen; für die begonnene Vindication ist auf den Besitz verzichtet, das hindert aber nicht ihn hinterher geltend zu machen, in einer Zeit, da der Besitz einer eigenen Klagbarkeit, eines selbständigen Schutzes theilhaftig ist. Das Absehen vom Besitz des Beklagten steht nicht am Anfang sondern am Ende der Entwicklung des römischen Eigenthumsprocesses, geschieht aber nicht durch klägerische Bestreitung des wirklich vorhandenen, sondern in

der Weise, dass unter Umständen der Nichtbesitzer als Besitzer behandelt wird. vgl. z. B. 150 D 50, 17, ausserdem Voigt, Jus naturale III S. 584 ff.

Wenn andererseits B sich dem Verlangen des A widersetzt, den A nicht zur factischen Herrschaft kommen lassen will, so kann er dies nicht wohl in einer anderen Meinung thun, als weil er wie A ihn, so auch selbst sich für im Besitz, also in der Lage befindlich hält dem klägerischen Verlangen zu willfahren. Wenn nun aber A und B den B als den Besitzer ansehen, was als das Natürliche ihnen nicht zu verdenken ist, so lässt sich kaum glauben, dass vermöge eines Rechtssatzes sich der Magistrat über diese natürliche Auffassung hinwegsetzen und weder A noch B als Besitzer ansehen darf. Schon Gaius ist dieser Auffassung gewesen, wenn die Worte *et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat* (4 J 4, 15), wie wahrscheinlich, von ihm herrühren. vgl. Leist, Die realen Grundlagen S. 8, ausserdem Voigt, Jus nat. III S. 704. Jedenfalls wird von Gaius IV 94 in Ansehung unserer legis actio zwischen *petitor* und *possessor* unterschieden; Cicero pro Mur. 12 bezeichnet den Beklagten als *is unde petebatur* und mehrfach anderwärts tritt der Kläger als *petitor* und *qui petebat* auf; vgl. Zur l. a. s. S. 80. 81. 92. 93 und Ennius' *rem repetunt* z. B. Cic. ad fam. 7, 13. Dass Brinz auf diese Ausdrücke kein Gewicht legt, hätte ich lieber nicht aus seinem Schweigen geschlossen. Dies hält mich einstweilen nicht ab sie als Symptome der römischen Anschauung und gegen die Meinung anzuführen, dass die alte Vindication nicht eine petitoria actio gewesen sei. Sie war dies so gut wie die neue mit petitoria formula, in welcher des Klägers Verlangen nach Restitution nur indirect und nebenher, anfänglich vielleicht gar nicht, zum Ausdruck kam. Solche petitoria actio, in welcher der Eine vom Andern die Sache herausverlangt, ist aber nach

Brinz S. 140 »undenkbar, bevor feststeht, dass Beklagter den Besitz habe oder als Besitzer zu erachten sei.«

Was im Bisherigen wider die These vorgekommen ist, dass beim Beginn des Streits Niemand als Besitzer angesehen wurde, findet sich theilweise schon im § 19 der Schrift Zur l. a. s. Es ist hiernach nicht zutreffend, wenn Brinz S. 128 urtheilt, die These sei von mir ohne Weiterung mit einem ungenügenden Wortbeweis auf die Seite geschoben worden. Wohl aber wird der Wortbeweis, dass Gaius die Schilderung unserer sacramenti actio in rem einleitend in IV 16 *si in rem agebatur* sagt und derselbe Gaius IV 51 erklärt *si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus* durch die Verbindung mit den übrigen Argumenten kräftig genug, um auch seinestheils ein Gewicht gegen jene These in die Wagschale werfen zu können.

§ 34. Die Einrichtung der Eigenthumsgegenbehauptung des Beklagten ist als Ding durchgängiger processualer Nothwendigkeit, selbst wenn unanfechtbar von einem Alten beglaubigt, so lange noch nicht festgestellt, als das Warum nicht begriffen ist. Dass gerade ihre äussere Beglaubigung bedeutenden Anfechtungen unterliegt, mussten wir im vorigen Capitel aufrecht erhalten. Ihre innere Begründung oder Rechtfertigung dagegen scheint mir von Brinz nicht erbracht worden zu sein. Die von ihm gemachte Voraussetzung der Irrelevanz des Besitzes (im oben erläuterten Sinn) ist nicht erwiesen, vielmehr ist ihr Gegentheil vorzuziehen. Selbst jene Irrelevanz eingeräumt, würde, wie gezeigt, die Nothwendigkeit der Eigenthumsbehauptung nicht ganz ohne Weiteres zum Vorschein kommen. Gewiss aber würde Eigenthumsbehauptung vom Beklagten dann nicht mit Grund zu verlangen sein, wann er sich wirklich im Besitz befindet und der Kläger dies zugibt oder den Umständen nach nicht bestreiten kann — die Eigenthumsgegenbehauptung würde hiernach nicht ein Ding durch-

gängiger processualer Nothwendigkeit sein können. Dass die erforderliche Rechtfertigung auch von Brinz nicht erbracht worden ist, bestärkt mich in der Ueberzeugung, dass sie nicht zu erbringen ist, dass überhaupt das Problem nicht besteht, weil die fragliche Nothwendigkeit nicht bestanden hat.

Irrelevanz des Besitzes im Eigenthumsstreit ist zweideutig oder hat verschiedene Grade. Die von Brinz. unterstellte Irrelevanz geht so weit, dass der Beklagte gar nicht als Besitzer angesehen wird und nicht als Besitzer Beklagter ist. Von Irrelevanz des Besitzes lässt sich aber füglich auch sprechen, wenn der Beklagte als Besitzer betrachtet wird. Das will heissen: Der Beklagte gilt zwar als Besitzer und seine Person ist, weil sie besitzt, verklagt worden, er kann und braucht also den Besitz nicht erst noch erlangen zu wollen. Aber der Besitz ist für den Eigenthumsprocess insofern bedeutungslos, als er dem Besitzer nicht einmal das Recht gewährt die Sache gegenüber dem Besitz- und Eigenthumsanspruch eines Anderen so lange zu behalten, bis derselbe sein Recht auf den Besitz nachgewiesen hat. Der Besitz hat hier nicht einmal den passiven Schutz, dass er abwarten kann, ob er von fremdem Recht überwunden wird, sondern, wenn er sich gegenüber dem mit einer Rechtsanmassung verbundenen Angriff behaupten will, muss er selbst zu einem Recht als Abwehrmittel greifen. M. a. W. der Besitz ist etwas so Schutzloses und rechtlich Unhaltbares, dass er sich stets auf ein Recht als seine Basis zurückziehen muss, um Widerpart halten zu können; er ist sogar der unter der Maske des Rechts auftretenden Eigenmacht preisgegeben, geniesst nicht einmal der passiven Gunst die Ueberwindung der Eigenthumsbeweisschwierigkeit durch den Angreifer abwarten zu dürfen. — In dem geschilderten Rechtszustand würde, wie ich glaube, eine ausreichende Erklärung einer Eigenthumsprocessfigur enthalten sein, bei welcher der Beklagte behufs seiner Vertheidigung sich auf

ein Recht zum Besitz berufen muss. Wo wir ausserhalb des historischen römischen Rechts eine solche die Besitzdefension durch Negation ausschliessende Processgestalt antreffen, könnte jener Rechtszustand vorauszusetzen sein; vgl. jedoch § 36. Für ersteres geht dies nicht an. Die obige Erklärung finde ich in Christiansens römischer Rechtsgeschichte (1838) S. 223 Anm. angedeutet. Dort handelt es sich freilich um Christiansens Urgebilde eines absoluten Rechts der manus, und wird die Nothwendigkeit des beiderseitigen Intendirens mit ernsthaftem Sinn, nur für die Urzeit in Anspruch genommen. — Selbstverständlich wird nun aber die ganze Discussion über den sogenannten Contravindicationszwang nicht mit Bezug auf den aller festen Organismen baren ethischen Urschleim geführt, und ebenso selbstverständlich kann sich auch nicht einmal im vorgeschichtlichen Gebiete der Streit um ein Gebilde bewegen, dessen historisches Dasein und historischer Daseinsgrund in Frage stehen. Ein Datum der quellenmässigen römischen Rechtsgeschichte ist Gegenstand der Untersuchung und wir befinden uns dabei in einer Periode, welche die vorgeschichtliche Formellosigkeit schon abgestreift hat und durch die erhaltenen Formeln nach Jahrtausenden zu uns spricht und ihren Rechtszustand offenbar macht. In die Zeit nun der erforschbaren, hier allein in Betracht kommenden römischen Rechtsgeschichte ragt, wie sich gegen Christiansen zeigen lässt, die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung nicht hinein. Sie widerspricht, wie früher ausgeführt, dem Legisactionsformular, mit welchem für uns die Geschichte des römischen Eigenthumsprocesses anhebt, und sie contrastirt mit den späteren historischen Gestalten dieses Processes, bildet eine unmotivirte Anomalie in der geschichtlichen Entwicklung, wesswegen wir oben (S. 66) die gajanische Nachricht, welche sie zu bezeugen scheint, als unglaublich und die fragliche Einrichtung als ein Wunder in der römischen Rechtswelt bezeichnet haben. Kommt nun

hinzu, dass der noch absehbare älteste römische Rechtszustand die obige Hypothese der passiven Schutzlosigkeit keineswegs unterstützt, ja nicht gestattet, dann müssen wir der Nothwendigkeit der Gegenintention im Eigenthumsstreit für die historische Zeit die Bedeutung absprechen. Und wenn wir die drei Argumente zusammenfassen, so sind wir mit aller Strenge ausser Stand gesetzt in Gaius' Bericht, wie Christiansen thut, das entseelte Gefäss des urzeitlichen Contravindicationszwanges, den Nachklang aus vorgeschichtlicher Zeit zu finden; sind vielmehr genöthigt bei der Auffassung zu verharren, dass Missverständniss der einschlagenden ältesten Geschichtszugnisse, nämlich der Actionsformeln, verbunden mit unkritischer Verwendung von Beobachtungen der Ueberreste des Sacramentsverfahrens den classischen Juristen zur Vermeldung einer Einrichtung verführt haben, die dem geschichtlichen römischen Recht zuwider, ihr rationelles Dasein im vorgeschichtlichen oder bei anderen Völkern gehabt haben mag.

Gegen die obige Unterstellung eines Zustandes selbst passiver Schutzlosigkeit des Besitzes in der römischen Rechtsgeschichte wäre zunächst wieder auf die *interdicta retinendae possessionis* und ihren Einführungszweck zu verweisen. Wir haben Grund anzunehmen, diese Rechtsmittel seien der ältesten beglaubigten Eigenthumsprocessform zugeordnet gewesen, ohne dass sie doch von Anfang neben derselben bestanden haben. Wenn sie aber den Streit um den Besitz im bevorstehenden Eigenthumsprocess zu schlichten hatten, so musste im letzteren die Stellung des besitzenden Beklagten der Erstreitung werth, also bevorzugt gewesen sein. Eine andere Art processualer Bevorzugung vorauszusetzen, als die die spätere Zeit bei *commodum possessoris* vor Augen hat, fehlt jeder Anhalt. — Ferner hat schon im ältesten römischen Recht, im Recht der zwölf Tafeln und höchst wahrscheinlich schon vor

diesem, das Institut einer kurzfristigen Usucapion bestanden. Der Besitz, der nach der in Rede stehenden Hypothese im Process keinen Vorthail brachte, der innerhalb des Processes nicht einmal so viel leistete, dass er seinem Inhaber eine Defensivstellung gewährte, war ausserhalb des Processes Grundlage des Eigenthumserwerbs. Es lässt sich freilich begreifen, dass man, als die Ersitzung geschaffen d. h. anerkannt wurde, den Usucapienten nicht zugleich mit Angriffswaffen ausrüstete, dass man ihm Interdicte und Publicianische Klage nicht von Anfang mit auf den Weg gab. Aber auch Dem kann sich Niemand verschliessen, dass es der Usucapion fast alle Bedeutung nehmen heisst, wenn man es dem Usucapienten, der im Begriff ist vermöge seines Besitzes Eigenthümer zu werden, versagt sich im Process auf seinen Besitz zu berufen, einstweilen bei demselben stehen zu bleiben. Dass hiergegen der Hinweis auf die Intervention des römischen auctor nicht aufkommen kann, braucht kaum gesagt zu werden; nicht nur, dass in vielen Usucapionsfällen die auctoritas rechtlich und thatsächlich keinen Raum hat, haben wir auch gar keinen Anhalt für die Auffassung, dass der Beklagte stets einen auctor stellen, oder aber auf die Behauptung der Sache verzichten musste. — Sollte nun der Besitz, der doch Eigenthum zu verschaffen vermag, seinen Inhaber gegen einen Angriff nicht einmal so lange schützen können, bis sich der Angriff als berechtigt erwiesen hatte. Der Besitz, der wegen seiner Zukunft relevant ist, sollte der nicht im Interesse der Zukunft, die man ja wollte, in der Gegenwart Etwas genossen haben? Das römische Recht müsste den verklagten Besitzer als Delinquenten, als usucapionsunfähigen Dieb angesehen haben, was dem Geist des römischen Rechts fremd ist, wenn es seinem Besitzer die Defensivstellung versagt hätte. Dieselbe Person, welche ausserhalb des Processes als im Vorstadium des Eigenthumsrechts stehend erscheint, würde innerhalb des

Processes von der Gunst des Rechts völlig verlassen sein. Die Missachtung des Besitzes in einem Fall contrastirt mit seiner Beachtung im andern. Die Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung streitet wider die kurzfristige Usucapion und kann ihr den Lebensfaden abschneiden. Im supponirten Rechtszustand würde der Usucapient, der sich dieser seiner Eigenschaft bewusst geworden, auch als Beklagter in vielen Fällen schutzlos sein.

Die vorstehenden Bedenken sind schon »Zur l. a. s.« S. 10 (§ 2) angedeutet worden. Brinz und Eisele, welche die übrigen dort besprochenen Schwierigkeiten wohl zu leicht genommen haben, sind über den beregten Punkt hinweggegangen. Es handelt sich hierbei um die Geschichte des römischen Besitzes. Je kleiner die Zahl der einschlägigen Zeugnisse ist, um so enger müssen wir unsere Vorstellungen ihnen anzupassen streben. Nach meiner Ansicht tritt das römische Recht nicht mit einem so rechtlosen Besitz in die urkundliche Geschichte ein, als bei der obigen Hypothese anzunehmen wäre. Man meint es der *possessio* noch anzusehen, dass sie die natürliche Mutter des Sachenrechts ist. Mit der Usucapion haben wir die Defensivposition des Besitzers im Eigenthumsstreit an den Anfang des historischen römischen Rechts zu setzen. Anderen Schutz gab es, vom Recht der Nothwehr wie von etwaiger Verpönung reiner Gewaltthätigkeit abgesehen — was aber Beides noch kein Besitzschutz — für den *privatim* erlangten Besitz nicht. Den Besitz, den der Magistrat verliehen hatte, was schon vor den zwölf Tafeln Rechtens war (arg. 2 § 24 D 1, 2 *ex vetere iure*), schützte der Magistrat schon um des eigenen Ansehens willen. Der Streit um den Besitz für den Eigenthumsprocess war vor den Interdicten unseres Wissens durch kein ordentliches Rechtsmittel zu schlichten. Ward keine Einigung erzielt und versagte auch der Magistrat die Entscheidung, dann mochten vielleicht beide Parteien ganz gleich

behandelt worden sein, jedenfalls enthält davon das überlieferte Processformular keine Spur, es ist vielmehr auf die Verneinung des Beklagten angelegt; dies Formular, die älteste hierher gehörige Urkunde, hat den Ausschlag zu geben. Endlich, wir wissen nicht wann, ward der bis dahin nur mit Eigenthumsrecht verfolgbare Besitz mit eigenem activen Rechtsschutz ausgestattet, durfte sich processualisch behaupten und zunächst für den Eigenthumsstreit feststellen lassen. Wann diese Rücksicht in Wegfall kam, steht dahin; wo die Quellen reichlich fließen, finden wir bereits Besitz und Besitzschutz allseitig entfaltet. — Im vorliegenden Zusammenhang darf schliesslich das Urtheil Wachs (Nachträge zu Kellers Civilproc.) nicht mit Stillschweigen übergangen werden, dass »Lotmars Ansicht mit der Entwicklung des Besitzrechts nicht zusammenstimmt«. Gegen dieses Urtheil zu streiten ist mir nicht gestattet, so lang es nur auf die Autorität seines Urhebers gestützt ist; ich würde ja sonst nur wider diese Autorität streiten.

§ 35. Wenn ich ihn recht verstehe, will sich Eisele (S. 517) von dem oben § 26 und S. 160 o. erwähnten Problem durch die Aufstellung eines anderen lossagen, indem er nämlich die Annahme macht, »dass die rei vindicatio mit sacramentum dem Kläger nur gestattet war gegen den, der selbst Eigenthümer zu sein behauptete.« vgl. Göppert, Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 538. Die nähere Begründung dieser Auffassung steht noch aus, daher ihre Prüfung hier nur mit Vorbehalt geschehen kann. Die obige Annahme setzt voraus, dass die legis actio nur »der Schlussakt vorausgegangener formloser Verhandlungen war.« Der Jurist berichtet Nichts von derartigen bedeutsamen Vorverhandlungen und macht nicht eine besondere zur Voraussetzung des von ihm geschilderten Verfahrens; aber dies ist auch Nebensache und unerheblich. Nach Eisele war des Klägers Vindication auf den Fall beschränkt, dass der Beklagte Eigenthum behauptete, wonach es klar sei,

»dass jedesmal, wenn Einer vindicirte, Beklagter contravindicirte auf Grund von ihm behaupteten Eigenthums.« Nur so viel sei aus dem Bericht des Gaius zu entnehmen. Zwar verneint Eisele, dass es für den Beklagten eine andere Vertheidigung gar nicht gegeben habe, also dass er auf Eigenthumsgegenbehauptung beschränkt gewesen sei: allein wenn man den Kläger nur wider den vindiciren lässt, der Eigenthum behauptet, und Letzteren jedesmal mit Eigenthumsbehauptung contravindiciren lässt, wann der Kläger vindicirt hat, so hält man wohl Zusammenstoss von zwei Eigenthumsbehauptungen gerade für die sacramenti actio in rem für nothwendig, hält also die Eigenthumsgegenbehauptung des Beklagten für nothwendig zum Zustandekommen des alten Eigenthumsprocesses. So erklärt denn auch Eisele am Ende seiner Recension, von Puchtas Meinung, dass die in 9 D 6, 1 referirte Ansicht sich aus der »Nothwendigkeit der Contravindikation bei der legisactio« herschreibe, dürfte das Umgekehrte richtig, d. h. doch jene Nothwendigkeit Folge sein. — Nach Eisele konnte der Kläger den Eigenthumsprocess fortsetzen nur wenn der Beklagte selbst Eigenthümer zu sein behauptete. Es stand aber thatsächlich beim Beklagten Eigenthum zu behaupten. Die Nichtbefolgung einer den Beklagten angehenden Processvorschrift durch den Beklagten hatte hier nach nachtheilige Processfolgen für den Kläger, hemmte diesen in der geordneten Rechtsverfolgung. Diese Seite der Sache ist von Göppert nicht gewürdigt worden, als er im Fall der Weigerung des Beklagten sich ein dingliches Recht zuzuschreiben den Kläger auf Eigenmacht verwies, bei deren Anwendung der Kläger doch auch den Kürzeren ziehen kann. Nach Eisele ist nicht die Beschränkung des Beklagten in der Vertheidigung, sondern »die Beschränkung der klägerischen Vindication auf den bezeichneten Fall zu erklären«, also die Beschränkung der Passivlegitimation zur

Eigenthumsklage. Diese Beschränkung bedarf nun freilich einer Erklärung. Es ist von vornherein paradox, dass Einer, der den Besitz seiner Sache auf Grund dessen dass sie sein ist erlangen will, nur dann die Möglichkeit habe dies Ziel auf dem Processwege zu erreichen, wann sich der besitzende Gegner selbst Eigenthum zuschreibt. Der Staat, der seinen Arm zum Rechtsschutz leiht, wann der Beklagte dem Kläger das Eigenthum bestreitet, indem er es sich selbst beimisst, soll seine Hilfe versagen, wann der Beklagte dem Kläger das Eigenthum bestreitet, indem er es negirt. Man ist gespannt zu erfahren, wie diese Differenz der Oppositionen eine so bedeutende Verschiedenheit der Behandlung des Klägers begründen könne. Bei Bethmann-Hollweg, röm. Civilproc. I S. 132, wo Eisele processuale Momente zur Erklärung angedeutet findet, ist gar nichts Erklärendes anzutreffen; zudem ist bei den dortigen Behauptungen nicht veranschlagt, dass es dem Vindicanten vor Allem um Besitzerlangung zu thun ist. Auch sacrale Motive seien vielleicht ursprünglich in Betracht gekommen. Dreierlei Unterstützung der angedeuteten Ansicht wird angegeben. Einmal, dass die *hereditatis petitio* zulässig ist nur gegen den, *qui se heredem dicit*; mit dem pro possessore possideus habe es seine besondere Bewandniss. Vielleicht hat es mit beiden seine besondere Bewandniss. Hält man von Jherings Auffassung der *hereditatis petitio* (Grund des Besitzesschutzes 2 A. S. 85 ff.), so Viel fest, als davon nach den Ausstellungen von Bruns, Besitzklagen S. 15. 16 noch aufrecht zu erhalten ist, dann kann man folgende Betrachtungen anstellen. Die *hereditatis petitio* setzt den Beweis des thatsächlichen Habens des Erblassers, der thatsächlichen Zugehörigkeit zur Erbmasse an die Stelle des Beweises des Rechts und gewährt hierdurch dem Kläger eine grosse Beweiserleichterung. Er braucht nicht Eigentumsrecht zu beweisen wie der andere Vindicant oder Kläger in der *specialis in rem*

actio, um zu seinem Ziele, dem Besitz zu gelangen. Diese Vergünstigung bedarf der Begründung aus der Person des Gegners. Wohl wegen der bei dieser Art der in rem actiones vorkommenden Beschränkung der Passivlegitimation wird sie einmal als *mixta personalis actio* bezeichnet (7 C 3, 31 vgl. Savigny, System V S. 37). Die fragliche Vergünstigung wird dem Kläger nur Demjenigen gegenüber eingeräumt, der ebenso viel Recht, oder weniger, als er selbst, für sich in Anspruch nimmt. Das ist einmal der pro herede possidens, der sich auch ein Erbrecht beimisst, und ferner der pro possessore possidens, der keinen Grund zur Rechtfertigung seines Besitzes anführt, bei der Thatsache desselben stehen bleibt, während der petitor behauptet, dass ihm die Sache kraft Erbrechts, ex causa hereditatis gebühre. Sagt aber der Gegner er besitze die Sache als eigene aus einem Singulartitel, oder nur er besitze sie pro soluto, pro donato, pro emptore u. s. f. dann ist er mit der hereditatis petitio nicht belangbar. Nun lässt sich aber noch nicht einsehen, wie so diese Beschränkung der Passivlegitimation bei der hereditatis petitio die von Eisele für die alte rei vindicatio angenommene zu unterstützen vermöge, da doch bei letzterer der Kläger keiner Beweiserleichterung geniessen soll, vielmehr das weitestgehende Recht an der Sache behauptet und zu beweisen erbötig ist. Ob jene Beschränkung schon für die älteste hereditatis vindicatio, schon für die Zeit da der Interdictenbesitzschutz noch nicht eingeführt war, vorauszusetzen sei, kann auf sich beruhen bleiben. Nachdem man aber als Regel definirt hatte (9 D 5, 3), dass nur der pro herede und der pro possessore Besitzende mit der hereditatis petitio zu fassen sei (*teneri*), hatte man ein *non tenetur hereditatis petitione* auszusprechen, wann man einen solchen Besitzer nicht vorfand; so erklärt von den Neueren z. B. Vangerow, Pandekten 7. A. II S. 346 die Entscheidung der von Eisele citirten 42 D 5, 3. — Die negatoria

actio, führt Eisele ferner an, geht nur gegen den, der sich ein Servitutrecht anmasset. Wenn dem so ist, so zweifle ich, ob der hierfür denkbare Grund (s. Brinz, Pandekten 2. A. I S. 665) eine Bezugnahme dieses Satzes zur Unterstützung der Hypothese von der Passivlegitimation zur sacr. actio in rem gestatten könne. Ferner, dünkt mich, bleiben mit der Annahme einer Beschränkung der Passivlegitimation bei der letzteren Klage ihre Function und ihr Ziel dieselben: sie ist in jedem Fall gerichtet auf Aufhebung des totalen Eingriffs in das Eigenthumsrecht. Hingegen die negatoria actio, welche man nur wider eine Servitutanmassung gegeben sein lässt, ist nicht etwa blos in der Passivlegitimation enger, wie die von Vielen angenommene, sondern sie ist in Function und Ziel von dieser verschieden: sie dient nicht zur Abwehr jedweder partieller Eigenthumsverletzung, zielt vielmehr nur auf gewisse Arten derselben. — Endlich beruft sich Eisele auf die in 9 D 6, 1 »referirte Ansicht des Pegasus, der ja auch nicht von Beschränkung des Beklagten in der Vertheidigung, sondern des Klägers im Angriff (*vindicari non posse*) spricht.« Dies ist mit Recht hervorgehoben, aber ob es der in Rede stehenden Hypothese unterstützend zur Seite geht? Eisele meint die alte vindicatio geht nur gegen den (wenigstens) vorgeblichen Eigenthümer; Pegasus meint die neue vindicatio geht nur gegen den wirklichen Interdictenbesitzer. Eigenthum behaupten kann, wenn er Unwahres sagen will, auch ein Detentor, der nicht Interdictenbesitzer ist. Für Pegasus muss der Beklagte in einem gewissen Rechtsverhältniss zur Sache stehen, für Eisele braucht er dies nicht; Eisele reicht mit einer Eigenthumsanmassung aus. Für die von Pegasus angenommene Beschränkung ist ein Grund wohl abzusehen: er mochte meinen, dass der nicht der rechte Beklagte im Eigenthumsprocess sein könne, der nicht einmal den Besitz dem Kläger wirksam streitig zu machen im Stande ist. Für die von Eisele

angenommene Beschränkung wird ein Grund erst zu zeigen sein. Aber auch dann würde sich eine befriedigende Auseinandersetzung mit dem ältesten Zeugniß für unsere Frage, dem Actionsformular nicht umgehen lassen.

§ 36. Für den im historischen römischen Recht bedrängten sogenannten Contravindicationszwang ist, in der Absicht der Verdrängung vorzubeugen, Hilfe vom deutschen Recht in Anspruch genommen worden. Man hat sich dabei durch den »diametralen Gegensatz der germanischen und römischen Auffassung des Rechtsstreits« nicht beirren lassen, dessen Bethmann-Hollweg, in beiden Processen heimisch, an der Spitze seines der Geschichte beider gewidmeten Werkes erwähnt und den er dort dahin zusammenfasst, dass die römische Anschauung überwiegend das Recht, die germanische hingegen die Verletzung betone, wodurch die ganze Gestaltung des Rechtsstreits bedingt sei. Bei Behandlung des »germanisch-romanischen Civilprocesses im Mittelalter« wird sodann jener Gegensatz noch vielfach im Allgemeinen hervorgehoben und im Einzelnen zur deutlichsten Anschauung gebracht. Gegen Bekker, der sich zur Unterstützung seiner Hypothese von dem Alter der *l. a. per manus iniectio* auf die deutsche Rechtsgeschichte berufen hatte, macht Wach (zu Keller N. 250) geltend: »Germanische Analogieen sind nicht zu verwerthen,« während er umgekehrt im Interesse der von mir angefochtenen Eigenthumsgegenbehauptung findet, dass »Analogieen des alt-deutschen Rechts tröstend wirken.« a. a. O. S. 471. Die Verwerthbarkeit solcher fremder Analoga d. h. Aehnlichkeiten oder Gleichheiten bei Bestimmung eines Datums der römischen Rechtsgeschichte, bei Beantwortung der Frage nach dem Dasein einer Einrichtung des historischen römischen Rechts ist schon durch frühere Bemerkungen (o. S. 161) hinreichend gekennzeichnet. Um den »Contravindicationszwang« als Datum der römischen Rechtsgeschichte zu begründen, genügt es nicht

überhaupt einen Rechtszustand zu bezeichnen, in welchem er sinnvoll und geboten ist, einen Rechtszustand wie er etwa nachweislich bei anderen Völkern bestanden hat und für die Römer durch Einbildungskraft vorgestellt werden kann. Vielmehr muss ein solcher Rechtszustand als auf dem römischen Boden bestehender wenigstens mit einem Anfang von Wahrscheinlichkeit aufgezeigt werden. Hiernach lassen sich die Sätze beurtheilen, mit denen Brinz (S. 146), nach einigen Anläufen dem deutschen Recht für das römische Mehr abzugewinnen, seine vergleichende Ausführung schliesst: »Ein Umstand des altdeutschen Processes scheint an sich feststehend zu sein und für den altrömischen sicher verwerthet werden zu können: dass gegen die Klage um Immobilien wie Mobilien blosses Lügen nichts hilft. Was im altdeutschen Prozesse aus irgend einem Grunde gegolten hat, kann, aus irgend einem, vielleicht anderen, Grunde, auch im altrömischen gegolten haben. Die Möglichkeit der bisherigen Contravindication ist durch den deutschen Process legitimirt.« Die Verwerthbarkeit einer deutschen Prozesseinrichtung für die Beglaubigung eines Gegenstands der römischen Processgeschichte hängt durchaus von der Uebereinstimmung der Umgebungen und Grundanschauungen ab. Es handelt sich nicht um die Legitimation der »Contravindication« überhaupt, sondern für das historische römische Recht. Trifft der Grund, aus dem im deutschen Recht der Beklagte sich nicht durch Leugnung vertheidigen konnte für das römische Recht nicht zu, so kann das deutsche Recht zwar für die Universalrechtsgeschichte lehren, dass Nothwendigkeit positiver Defension nichts Sinnloses ist, kann aber gar nichts austragen für die römische Rechtsgeschichte. Man könnte, so will mir scheinen, die Unglaubwürdigkeit der Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung in der überlieferten sacramenti actio in rem kaum besser nahe bringen, als durch Verweisung auf das angeblich

entsprechende deutsche Institut, dessen den Römern fremde Wurzeln leicht erkennbar sind.

Mit dem Gegensatz von *rem alicuius esse* und *aliquem dare oportere*, wie mit der Unterscheidung von *actio in rem* und *actio in personam* sind die Römer im Reinen zu der Zeit, bis zu welcher das Andenken an ihr Rechtsleben reicht. Die römische Privatrechtsgeschichte weiss von keiner Zeit, wo sie nicht in besagter Weise zu unterscheiden gehabt hätte. Ebenso bestimmt erklären Heusler, Gewere S. 462. 488 und Sohm, Recht der Eheschliessung S. 79, dass das deutsche Klagen-system den Unterschied von dinglichen und persönlichen Klagen nicht kennt; schon früher hatte Planck bemerkt, ein System der deutschen Klagen sei so schwer zu finden, »weil der Eintheilungsgrund des römischen Systems nach dem Klagegrund nicht passt.« Zeitschr. f. deutsches R. X S. 239. Ob die Klage auf ein Mobil, oder auf ein Immobil geht, ist für den römischen Rechtsstreit im Wesentlichen gleichgültig. Im deutschen Recht ist dieser Gegensatz der Sachen auch für die processuale Verfolgung von grosser Bedeutung. Stellen wir in Kurzem der römischen Mobilienvindication, die Ga. IV 16 schildert und deren Formular vielleicht ursprünglich ihr allein gegolten hat, die deutsche gegenüber, welche nach Sohm's Urtheil »während des ganzen Laufs der rein deutschen Rechtsentwicklung nur verhältnissmässig geringe (hier gar nicht veranschlagte) Umwandlungen erfahren hat«, und sehen wir zu, was der fast ein Jahrtausend später in der Geschichte auftretende deutsche Process für den römischen ergibt. Der letztere kann nicht gut anders denn als reine *dominii controversia* angesehen werden. Wird gleich der Process formell zu einem Streit um das *iniuria vindicavisse* zugespitzt, so stellt uns doch schon die erste, den Streit eröffnende klägerische Behauptung des *meum esse* deutlich vor die Frage nach dem Eigenthum des Klägers. Was man auch von der Erwiderung des Be-

klagen denken mag, gewiss wird Niemand des Klägers Behauptung für eine leere Form, für eine blosse Eröffnungsformel des Eigenthumsstreits halten, die am Eingang ausgesprochen für den Fortgang gleichgültig und vom Kläger nicht zu vertreten sei. Hält man daran fest, dass des Klägers Eigenthumsrecht schon im ältesten römischen Process nicht blos zur Form, sondern auch zur Sache gehört, dass es ernstlich in Betracht, also wohl auch zur Untersuchung und zum Beweise kommt, dann trifft man das Gegentheil davon im altdutschen Process an. Das deutsche Recht geht, wie Hensler, Gewere S. 493 mit Bezug auf die Vindication von Fahniss sagt, davon aus, dass es kein aus Eigenthum oder sonstigen dinglichem Recht entspringendes Klagrecht gibt, sondern nur ein aus Gelöbniss, Leihe und unfreiwilligem Verlust hervorgehendes Betreibungsrecht, welches aber nicht dem Eigenthümer als solchem zusteht. Es gibt dort keine Eigenthumsklage. Die deutsche Vindication ist, wie Germanisten lehren, zwar eine petitorische und nicht eine possessorische Klage, insofern Recht nicht blos Besitz in Frage kommt, aber das Eigenthum gelangt in ihr »nicht so unmittelbar und so unbeschränkt zur Geltung« wie bei der römischen. Seine Verfolgung gegen jeden Dritten ist nur im Fall unfreiwilligen Verlustes der Sache möglich. »Die eigentliche Vindication, sagt Sohm, Process der lex Salica S. 60, die nach Inhalt und Wirkung dingliche Klage des deutschen Rechts (d. h. nach dem Zusammenhang die gegen jeden Besitzer anstellbare) verlangt zu ihrer thatsächlichen Begründung die Behauptung: diese Sache ist mir ohne meinen Willen (dieblich) abhanden gekommen.« Der deutsche Vindicant sucht nicht blos die Sache, sondern mit der Sache den Delinquenten, den Dieb: »die Duplicität des Vindicationsanspruchs, seine doppelte Richtung auf die Sache und zugleich auf die Busse, beherrscht den ganzen Verlauf des Vindicationsverfahrens.« Sohm a. a. O.

S. 64; vgl. 11, 112, 115/6. Dazu kommt nun noch, dass wenigstens nach salfränkischem Recht »keinenfalls eine Untersuchung des klägerischen Rechts an der Sache eintritt«. Heusler a. a. O. S. 490. Die alten Quellen »von der lex Salica bis zum Sachsenspiegel und noch spätere« sagen: Kläger ist der, aus dessen Gewere die Sache gekommen ist, d. h. einfach der, dem die Sache abhanden gekommen ist, mag er Eigenthümer gewesen sein oder nicht; auf sein Recht an der Sache kommt nichts an.« Heusler a. a. O. S. 502. Endlich erklärt Sohm, a. a. O. S. 85, dass »nach den Volksrechten, bestimmt wenigstens nach dem salischen und ribuarischen, der Vindicanant überhaupt niemals irgend welchen Beweis zu erbringen braucht«, eine Regel, die vielleicht nicht unbeschränkt gelten darf.

Der Angriff des Klägers im erweislich ältesten römischen Eigenthumsprocess ist von dem des Klägers im entsprechenden altdeutschen Verfahren grundverschieden. Jener zieht gerüstet mit seinem, wenigstens angeblichen, Eigenthumsrecht in den Streit, erklärt in solenner Formel sein Recht an der Sache zur Rechtfertigung seiner Vindication, macht hiemit dasselbe zu einem Gegenstand der Bestreitung und sich anheischig es zu bewähren. Hingegen über des Beklagten Verhältniss zur Sache spricht er sich gar nicht aus, er nimmt ihn nicht in Verdacht, fordert keine Busse, überhaupt keine Leistung von demselben. Die Forderung der Diebstahlsbusse ist schon in den zwölf Tafeln auf ihren eigenen Weg gewiesen. Das sacramentum ist Processstrafe wegen processualen Unrechts, dessen sich eine Partei in gleicher Art schuldig machen kann, wie die andere. Ein Unrecht, das vor den Process fällt, kennt die sacramenti actio nicht, das iniuria vindicare kann nur im Process geschehen. Wie anders der deutsche Kläger! Sein Eigenthumsrecht bleibt aus dem Spiel, wird nicht discutirt, womit die Anführung eines Eigenthumserwerbsgrundes

wegfällt. Er geht davon aus und bleibt dabei stehen, dass ihm die Sache ohne seinen Willen aus dem Besitz gekommen ist, ja es wird der Besitzer als muthmasslicher Dieb in Anspruch genommen. Ist die Sache dem Pfandgläubiger, dem Commodatar oder Wem sonst sie anvertraut war, gestohlen worden, so ist nicht der Eigenthümer zur Vindication oder interdictio befugt, sondern allein der Bestohlene. Hensler a. a. O. S. 493, 58, 66. Bethmann-Hollweg, germ. roman. Civilproc. I S. 15, 41, 386, wegen des fränkischen Rechts S. 479, N. 3. Der altdutsche Vindicant will ferner nicht blos die Sache erstreiten, sondern ausserdem noch die Diebstahlsbusse; denn er klagt nicht blos wegen des gegenwärtigen Besitzes, sondern wegen des vergangenen Besitzverlustes, den er ohne seinen Willen erlitten. Auch im Process um Immobilien zeigt sich der Gegensatz der römischen und deutschen Angriffsweise. Dort macht der Kläger sein Eigenthumsrecht geltend und will darum streiten: *fundus . . cum e. i. Q. meum esse aio, inde ibi ego te (ex iure) manum consortum voco*; hier beschuldigt er den beklagten Besitzer des Unrechts: *malo ordine possides*, noch deutlicher des begangenen Unrechts: *malo ordine rem meam introisti* oder *invasisti* oder ähnlich.

Hat Bethmann-Hollweg Recht, wenn er sagt (a. a. O. S. 27): »Der Angriff des Klägers bedingt die Vertheidigungsweise des Beklagten«, dann dürften wir uns in Anbetracht der Verschiedenheit des altrömischen und des altdutschen Vindicantenangriffs nicht wundern, wenn auch die Vertheidigungen in beiden Rechten verschieden ausfallen, und Wer sich zur Beglaubigung des herkömmlichen Contravindicationszwanges des römischen Rechts auf das deutsche beziehen möchte, hätte zuvörderst eine Gleichartigkeit der zugehörigen Angriffe aufzuzeigen. Kehren wir nun zur Mobilienvindication zurück, so finden wir freilich, dass der deutsche Beklagte nicht mit Leugnen, mit einer blossen Negation davonkommt, sondern

eine positive Behauptung aufstellen muss. (vgl. jedoch wegen des sächsischen Rechts Planck a. a. O. S. 248). Allein die Negation, an die man bei der Vindication zunächst denkt, nämlich die Verneinung des klägerischen Eigenthums hat auch im altdeutschen Process ebenso wenig Sinn, wie sie umgekehrt im altrömischen wohl an ihrem Ort ist. Die Behauptung *tuum esse nego* schlägt dem *meum esse aio* gerade in's Gesicht, hier muss die Verneinung von der einen Seite der Bejahung von der anderen begegnen. Bei der altdeutschen Vindication hingegen hat der Kläger gar nicht Eigenthum behauptet, keinenfalls schlechthin, und jedenfalls braucht er es nicht zu behaupten, seinen Anspruch nicht darauf zu gründen, wie er ja auch nicht Eigenthümer sein muss: eine Eigenthumsverneinung seitens des Beklagten würde folglich vorbeischiessen können, also des Klägers Intention nicht begegnen müssen. Wenn Sohm a. a. O. S. 91 sagt: »Die rein negative Einlassung: Du bist nicht Eigenthümer, dir ist die Sache nicht gestohlen, ist dem Eigenthumsanspruch gegenüber wirkungslos«, so dürfte hierin eine nicht ganz durchgreifende Begründung gelegen sein. Nicht blos, dass z. B. das römische Recht in der Vindication des Formularverfahrens eine wirksame Negation gegenüber dem klägerischen Eigenthumsanspruch zweifellos kennt: braucht das Verlangen nach Restitution in der altdeutschen Mobilienvindication nicht auf Eigenthum gegründet zu werden; es muss gar kein Eigenthumsanspruch erhoben worden sein, wenngleich nach fränkischem Recht der Kläger nur *rem suam* oder *propriam* zu verlangen scheint. vgl. Hensler a. a. O. S. 491 al.; wider Sohm's Begründung auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 40 N. 1. Die Erklärung liegt vielleicht näher. Wer auf des Klägers Eigenthumsbehauptung mit Nein antwortet, sagt über sein eigenes Verhältniss zur Sache noch gar Nichts. Wenn aber, wie im älteren deutschen Vindicationsprocess der Fall gewesen

sein soll, der Kläger den Beklagten mit einer Unrechtsbeschuldigung angreift, ihm unrechtmässigen Besitzerwerb, etwa Diebstahl oder Raub vorwirft, jedenfalls seinen Anspruch auf des Beklagten Schuld basirt, »quasi ex maleficio« klagt: dann ist mit der Negation der klägerischen Behauptung nothwendig zugleich eine Position ausgesprochen. Der Beklagte, der seine Schuld oder die Unrechtmässigkeit seines Besitzes auch nur verneinte, würde implicate seine Unschuld oder die Rechtmässigkeit seines Besitzes behaupten. Behauptung und Verneinung sind hier gleich viel sagend und das hängt mit der klägerischen Angriffsweise zusammen; eine Vertheidigung, die nicht wenigstens sachlich eine Bejahung wäre, ist gegenüber einem solchen Angriff nicht denkbar. Nach römischer Anschauung würde es nun am Kläger sein die Begründetheit seines Angriffs darzuthun; nach deutscher hingegen ist der Beklagte durch die Beschuldigung des Klägers persönlich verletzt und räumt demselben nicht das Recht ein ihn der Schuld zu überführen. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 28. Will er selber sich vom Verdacht reinigen, den der Kläger auf ihn geworfen und dessen Ansprüche von sich abwenden, will er als Angegriffener den Vorzug im Beweise haben, so muss er Umstände anführen, welche seinen Besitz rechtfertigen. Das bringt ihn dahin nicht einfach nur sein Nichtunrecht oder sein Recht zu behaupten, sondern mit der Anführung positiver That-sachen dem Kläger entgegenzutreten. Lassen wir das Einzelne zur Seite, so dürfen wir wohl sagen: die positive Defension des altdutschen Vindicationsbeklagten hängt ursächlich zusammen mit der klägerischen Angriffsart wie mit dem Beweisvorzug, dessen der angegriffene Besitzer geniesst. Von diesen beiden Dingen ist nun im historischen römischen Recht keine Spur anzutreffen. Bernhöft hebt zwar in seiner gelehrten Einleitung zur Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft hervor, dass unseres Wissens der Besitzer im römischen Recht

eine positive Behauptung des sächsischen Negation, nämlich die im altdcut im altrö-
 tium
 sieht
 Bei
 V

Gefahr kam des Dieb-
 messen scheint er von der be-
 nützlich durchdrungen zu sein,
 forschung auch negative Ergeb-
 zählen, also da und dort radicale
 vollständige gegenseitige Unabhängigkeit
 die römischen lehren kann und soll. Es hat ihm näm-
 die sogenannte actio auctoritatis auf
 (angeblich indogermanische) Anschauung zurückgehe,
 in auserwählten Rechten durch die Combination
 und Eigenthumsklage zum Ausdruck kommt
 (vgl. z. B. O. I S. 21, 26). Es liegt mir fern, hier all das
 vorzubringen, was sich gegen diese Auffassung mit und ohne
 Quellen sagen lässt; nur daran sei erinnert, dass die Ansicht,
 welcher der Verkäufer einer fremden Sache ein Dieb am
 Käufer ist, Nichts darüber lehrt, ob auch der Käufer und
 Besitzer dem Vindicanten gegenüber als Dieb galt. Auf
 Letzteres aber müsste die behauptete Anschauungsverwandt-
 schaft gegründet werden. — Stellt man weiter im altrömischen
 Eigenthumsstreit der klägerischen Eigenthumsbehauptung eine
 des Beklagten gegenüber — was ich für eine zulässige, nur
 nicht für die stets unerlässliche Vertheidigungsart halte —
 so bekommt man wenigstens für den Anfang eine völlig gleich-
 seitige Processfigur. Der altdcutische Process hingegen, in
 welchem der Beklagte zu seiner vollen Defension eine Posi-
 tion aufzustellen hat, entbehrt trotzdem der Gleichseitigkeit,
 es treten sich nicht zwei gleichbedeutende und gleichlautende
 Behauptungen gegenüber. Auch hierdurch unterscheiden sich
 die verglichenen Rechtsinstitute. Endlich vom deutschen Process,
 welcher parallel dem römischen den sog. Contravindications-
 zwang haben soll, kann nicht gesagt werden, dass die Belang-
 barkeit und das Klagrecht von Besitz oder Nichtbesitz un-
 abhängig, der Besitz für die Stellung im Streite irrelevant

sei, insbesondere der Beklagte nicht als Besitzer gehabe — das sind die Thatsachen, mit welchen Brinz Nothwendigkeit der Eigenthumsgegenbehauptung für die sacramenti a. in rem zu begründen gesucht hat. vgl. o. S. 119. In der altdeutschen Vindication gilt, soviel ich sehe, der Beklagte als Besitzer, ist als solcher belangt, geniesst als Besitzer des Beweisrechts und kann sich nur durch positive Erklärungen vollständig vertheidigen. Diese letztere Vorschrift kann also im deutschen Recht nicht auf Irrelevanz des Besitzes im obigen Sinn beruhen. vgl. zum Vorigen Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 43, 44, 57, 58. Heusler, Gewere S. 72 ff. (»Natur der Sache«), 92 ff. Das von Heusler für das deutsche Recht ermittelte präparatorische Possessorium hat starken Widerspruch erfahren; gibt man es auf, so zeigt das deutsche Recht, dass zwischen Fehlen von Besitzinterdicten und Irrelevanz des Besitzes für die Vindication kein Causalzusammenhang besteht. o. S. 136. Uebrigens versäumt Brinz selbst nicht anzuerkennen, dass man sich zu Gunsten der Irrelevanz des Besitzes im römischen Sacramentsprocess auf den germanischen Process nicht oder doch nichts weniger als sicher berufen könne.

Haben wir im Bisherigen die römische Einrichtung, die in Frage steht, durch deutsches Recht keineswegs legitimirt gefunden, als welches Voraussetzungen seiner positiven Defension hat, die für das römische Recht erst fingirt werden müssten, so wenden wir uns schliesslich wieder dem letzteren zu in der Ueberzeugung, dass jede Rechtsgeschichte die Legitimation ihrer Daten in sich selber tragen muss. Wir müssen also darauf bestehen den angeblichen römischen Contravindicationszwang durch eine adäquate Gestalt des historischen römischen Rechts innerlich gerechtfertigt zu sehen. Diesen Dienst leisten auch nicht die speculativen Aeusserungen, welche Bernhöft im Vorbeigehen und als vorläufige unserm Gegenstand gewidmet hat. »Später, so fährt er a. a. O. ohne Ver-

mittlung mit dem oben Besprochenen fort, hat sich das römische Recht ganz selbständig entwickelt. Gewohnheitsrechtlich entstand der Grundsatz, dass der Besitzer einstweilen im Besitz zu belassen sei . . . Der Besitzer durfte jetzt abwarten, bis der angebliche Eigenthümer seinen Erwerb darthat.« Liegt diesen Bemerkungen eine Vorstellung zu Grunde, die im Allgemeinen schon oben S. 160 ff. ausgeführt und beurtheilt worden ist, so halten wir uns hier nur an die besondere Erscheinung und fragen, ob denn jene selbständige Entwicklung ein Vorgang der uns zugänglichen Rechtsgeschichte sei. Dass das römische Recht irgend wann einmal nicht selbständig entwickelt gewesen, nämlich im Eigenthumsprocess etwas einem fremden Recht Verwandtes und, worauf allein es hier ankommt, einen Besitz ohne den früher gekennzeichneten passiven Schutz gehabt habe, wovon dann erst durch Gewohnheit abgegangen worden, dafür fehlt bis jetzt das Minimum eines historischen Rückhalts. Es geht aber bei kritischer Geschichtsforschung nicht an das historische Zeugniß eines Juristen der Kaiserzeit, dass der Verklagte in der ältesten Vindication ebenfalls Eigenthum behaupten musste, einfach, wie eine dogmatische Aeusserung, hinzunehmen und für den »letzten Rest der alten Anschauung« auszugeben d. h. einen jenem Zeugniß entsprechenden Rechtszustand einfach zu fingiren. Die Wahrheit jenes Zeugnisses wird in Frage gestellt (vgl. § 8) und mittelst älterer Zeugnisse angefochten. Jenes Zeugniß verlangt zu seiner Erhaltung die für die Entstehungszeit des Sacramentsverfahrens irgendwie angedeutete Wahrscheinlichkeit der Existenz einer Rechtsordnung, in welche der Contravindicationszwang passt. Das historische Dasein »der alten Anschauung« muss für sich wahrscheinlich gemacht werden, es kann nicht auf den gajanischen Bericht gegründet werden, um dann wiederum diesen zu begründen. Bei Erfüllung dieser Forderung darf gewiss die Hypothese zur Anwendung kommen. Aber eine Unterstellung, die nicht irgendwo den Boden

der geschichtlichen Thatsächlichkeit berührt, ist nicht mehr wissenschaftliche Hypothese, sondern reine Muthmassung. Dass die deutschrechtliche Defension nicht auf den Mangel passiven Besitzschutzes zurückzuführen ist, bedarf hier nicht weiterer Nachweisung; es genügt daran zu erinnern, dass der Beklagte nicht schlechthin als Besitzer in Anspruch genommen wird. Etwas nur von fern Aehnliches ist unserer legis actio fremd. Die ratio des römischen Contravindicationszwanges liegt höchstens jenseits des für uns historischen römischen Rechts. Die Annahme jener Nothwendigkeit als historischen Datums verlangt einen hohen Preis: wir müssen die Angaben ausser Acht lassen, zu welchen die älteste Urkunde, das Processformular uns verhilft, und müssen den Römern einen Rechtszustand andichten, der in schneidendem Gegensatz zu Dem steht, was von ihrer Rechtsgeschichte auf uns gekommen ist. Um diesen Preis kann eine Alles abwägende Kritik die späte Nachricht eines Juristen nicht aufrecht erhalten, der bei grossem Verdienst in anderen Richtungen erweislich und anerkanntermassen nicht ein bedeutender Rechtshistoriker gewesen ist.

Bei **Theodor Ackermann** in **München** sind ferner erschienen:

- Lotmar, Philipp**, *Ueber Causa im römischen Recht*. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften. IX und 179 S. gr. 8. 1875. Preis *M.* 4.
- — *Zur legis actio iudicium in rem*. Habilitationschrift. VI und 145 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 2. 80 *ſ*
- Amann, Julius**, *Die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik*, geprüft an der sogen. Lex Gallus. X u. 220 S. gr. 8. 1878. Preis *M.* 4. 80 *ſ*
- Amira, Karl von**, *Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren*. Eine rechtsgegeschichtliche Abhandlung. gr. 8. 1874. Preis *M.* 7. 60 *ſ*
- — *Erbenfolge und Verwandtschaftsgliederung* nach den altniederdeutschen Rechten. gr. 8. 1874. Preis *M.* 4. 80 *ſ*
- — *Ueber Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte*. Akademische Antrittsrede (15. Dezember 1875). II und 74 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 1. 60 *ſ*
- Brügger, Friedrich**, *Ueber den Anspruch des Singularvermächtnisnehmens auf Früchte*. 45 S. gr. 8. 1877. Preis 80 *ſ*
- Ebert, Gustav**, *Ueber das Verhältniß des Staats zur Volkserziehung*. 8. 1872. Preis 50 *ſ*
- — *Die Preussische Gefängnis-Gesetzgebung*. 8. 1872. Pr. 50 *ſ*
- Grueber Dr. Erwin**, *Versuch einer Erklärung der L. 9. §. 1. D. de jure dotum*. gr. 8. 1874. Preis *M.* 1. —
- — *Ueber den Einfluss der Eigenthumsklage auf die Ersetzung nach römischem Rechte*. Eine historisch-dogmatische Abhandlung. gr. 8. 1875. Preis *M.* 1. 20 *ſ*
- Haiss, Wilhelm**, *Traditio und investitura*. Ein rechtsgegeschichtlicher Versuch. gr. 8. 1876. Preis *M.* 2. —
- Hellmann, Friedrich**, *Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung*. gr. 8. 1874. Preis *M.* 1. 60 *ſ*
- — *Das gemeine Erbrecht der Religiosen*. Ein historisch-dogmatischer Versuch. gr. 8. 1874. Preis *M.* 2. —
- Holtzendorff, Franz von**, *Der Rechtsfall der Fürstin Bibesco* (früh. Fürst. Bauffremont). Ein Gutachten. gr. 8. 1876. Pr. 75 *ſ*
- Krieg, G.**, *Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt*. gr. 8. Preis *M.* 1. 20 *ſ*
- Roth, Paul von**, *Zur Lehre von der Genossenschaft*. Rechtsgutachten in der Streitsache der Gemeinde Burgsinn gegen die Freiherren von Thüngen. IV und 152 S. gr. 8. 1876. Preis *M.* 3.
- Widder, Anton**, *Die Amortisations-Gesetzgebung im Königreich Bayern*. gr. 8. 1873. Preis *M.* 1. 50 *ſ*
- Zorn, Philipp**, *Staat und Kirche in Norwegen* bis zum Schlusse des dreizehnten Jahrhunderts. Eine Untersuchung zur Geschichte des canonischen Rechtes und der Kämpfe zwischen Staat und Kirche. gr. 8. 1875. Preis *M.* 5. —

